

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXI • Enero-Febrero 2005 • Núm. 687

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 Goytisolo.

D. Aurelio Menéndez Menéndez.

D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

D. Manuel Amorós Guardiola.

D. José Antonio Nortes Triviño.

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

D. José Manuel García García.

D. Juan Pablo Ruano Borrella.

D. José Luis Laso Martínez.

D. Joaquín Rams Albesa.

D. Juan Sarmiento Ramos.

D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

D. Carlos Lasarte Álvarez.

D. Antonio Manuel Morales Moreno.

D. Ángel Rojo Fernández-Río.

D. Juan Luis Iglesias Prada.

D. Fernando Curiel Lorente.

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

D. Juan María Díaz Fraile.

D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.

D. Celestino Pardo Núñez.

D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

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

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

- «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.....11
- «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», por JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA31
- «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», por M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ.....61

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

- «Consideraciones procesales sobre documentos electrónicos y firma electrónica», por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS.....119

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», por MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑEN.....133
- «Inteligencia artificial *versus* racional», por MANUEL FIGUEIRAS DASCAL.....181
- «Los administradores de las sociedades capitalistas», por MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES.....201

PRESENTACIÓN

- «Presentación del Anuario de Derecho Concursal», por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ y ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO.....249

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERALResoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 269**COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA****I. DERECHO CIVIL**

1.1. Parte general:

- Incapacidad. Contratante no incapacitado judicialmente, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 285

1.2. Derecho de familia:

- Convivencia *more uxorio*. División de la cosa común, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 288

1.3. Derechos reales:

- Buena fe en Derecho Inmobiliario Registral, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 292
- Propiedad horizontal. Modificación título constitutivo por el promotor-propietario único, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 297

1.4. Sucesiones:

- Inclusión de vivienda en el caudal hereditario de la causante que falleció en estado de soltera y había donado a una hermana, sucediéndola como heredera su madre, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 302

1.5. Obligaciones y contratos:

- Construcción. Vicios ruinógenos, por ISABEL MORATILLA GALÁN 305
- Congruencia. Artículos 1.591, 1.596 y 1.124 del Código Civil, por ISABEL MORATILLA GALÁN 306
- Interpretación de los contratos. Contrato de adhesión, por ISABEL MORATILLA GALÁN 307
- Compraventas fraudulentas. Exigencia de subsidiariedad de la acción, por ISABEL MORATILLA GALÁN 309

1.6. Responsabilidad civil:

- Culpa extracontractual: daños por paralización de obras. Abuso de derecho, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 310

— Culpa extracontractual. Atentado al prestigio profesional de Procurador. Inclusión del prestigio profesional dentro del ámbito externo del honor. Intromisión ilegítima, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ.....	314
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— Anotación de recurso contencioso-administrativo, adquisición originaria de finca por monetarización de la cesión de aprovechamiento al Ayuntamiento, oponibilidad de tercero y subrogación real en la reparcelación, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ ...	322

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades.....	335
---	-----

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

«El Derecho de anticresis en el Código Civil español», de FLORENCIO GUTIÉRREZ PEÑA, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ	389
---	-----

REVISTA DE REVISTAS.....	395
---------------------------------	------------

ESTUDIOS

La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: MEDIDAS EN FAVOR DEL DISCAPACITADO.—II. REGULACIÓN LEGAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL.—III. ELEMENTOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL: A) ELEMENTOS PERSONALES: A.1) *Testador disponente*. A.2) *Fiduciario beneficiario de la sustitución*. B) ELEMENTOS REALES. C) ELEMENTOS FORMALES.—IV. CONTENIDO DE LA SUSTITUCIÓN: A) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO. B) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS FIDEICOMISARIOS.—V. ¿PUEDE CONSTITUIRSE UN FIDEICOMISO DE RESIDUO?—VI. EL FIN DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA.—VII. PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE: A) DISPARIDAD ENTRE EL REPRESENTANTE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO Y EL TUTOR. B) ¿EXISTE SUSTITUCIÓN VULGAR EN EL FIDEICOMISO?—VIII. **CONCLUSIONES.**

I. PLANTEAMIENTO: MEDIDAS EN FAVOR DEL DISCAPACITADO

El dinero no es la felicidad pero ayuda a ella. Esta afirmación podríamos suscribirla todos los ciudadanos, cualquiera que sea nuestro sexo o nuestra condición social. Sin embargo es especialmente cierta cuando tenemos alguna discapacidad física o psíquica. Ciertamente es que el dinero no lo es todo: los discapacitados necesitan (necesitamos, podríamos decir, pues cualquiera de nosotros puede pertenecer a ese colectivo en cualquier momento) cariño, asistencia, supresión de barreras arquitectónicas, apoyo, comprensión, paciencia... Pero también medios económicos. Sólo así puede hacerse efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley: tratando desigualmente situaciones desiguales.

Fiel a este objetivo, la legislación española ha adoptado medidas de protección de los discapacitados en el ámbito patrimonial para asegurar su seguridad económica de forma duradera. Y lo ha hecho a través de la Ley 41/

2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Esta Ley tiene aspectos de aplicación general, en cuanto modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y la legislación fiscal general, pero otros aspectos sólo tendrán aplicación tan sólo en aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de Derecho Civil propio.

Medidas de aplicación general en toda España serán las siguientes:

- a) La posibilidad de creación de patrimonios especialmente protegidos a favor de los discapacitados.
- b) Posibilidad de que los familiares y las empresas que hagan aportaciones a este patrimonio puedan deducirse hasta 8.000 euros anuales.

Este patrimonio especialmente protegido puede constituirse por el propio discapacitado, si tiene plena capacidad de obrar; o por sus padres o tutores; incluso admite aportaciones por parte de cualquier otra persona. Una vez constituido queda inmediatamente afecto a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona discapacitada. La administración y destino del patrimonio será el que se determine por los aportantes en el documento público notarial por el que se constituya. En el Registro de la Propiedad constará esta finalidad. Y como hemos visto está fiscalmente incentivado.

De esta forma se consigue mantener unido un patrimonio para la asistencia del discapacitado, previendo por adelantado el momento en que éste carezca de sus progenitores.

Por supuesto que las Administraciones no se desentienden del discapacitado, sino que este patrimonio es independiente de la asistencia social que pueda corresponder al discapacitado. Además el Ministerio Fiscal tiene la obligación de supervisar la administración del patrimonio instando del juez la adopción de las medidas que sean procedentes en interés del discapacitado.

Este patrimonio del discapacitado puede coexistir con otros sometidos a distinto régimen jurídico, al menos en orden a su administración y disposición; me refiero al propio patrimonio del discapacitado que no se aporte o incorpore al patrimonio especial (que estará regido por sus padres o tutores y no por el representante legal del patrimonio especial); así como los bienes que el discapacitado reciba por herencia, legado o donación (que estarán sometidos al régimen de administrador determinado por el disponente ex art. 164 del Código Civil).

Junto a estas medidas de aplicación general, la ley adopta otras medidas que sólo serán aplicables en territorios de Derecho Común o en aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio en las que existe reenvío

en materia de legítimas al Código Civil (1). En particular, se promueve la reforma del Código Civil en numerosos aspectos, de los cuales podemos destacar los siguientes:

- a) Se admite que una persona, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, pueda adoptar en documento público notarial cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor (art. 223, párrafo segundo del Código Civil), designación que se considera preferente en la delación de la tutela (art. 234, párrafo primero del Código Civil).
- b) Paralelamente a lo anterior se prevé que el mandato (y por tanto los poderes otorgados por una persona) no necesariamente se extingan en caso de incapacidad, sino que cualquier persona pueda disponer su continuación para el caso de incapacidad o incluso darlos para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste (art. 1.732, párrafo segundo del Código Civil). Esto es, cualquier persona física puede designar un futuro apoderado para el caso de incurrir en discapacidad física o psíquica que implique civilmente falta de capacidad de obrar, sin necesidad de tramitar un proceso de incapacitación (que, por otro lado, no garantiza que el representante legal sea la persona querida por el discapacitado). O bien puede prever que el apoderado, ahora designado, no quede revocado en caso de futura incapacidad.
- c) Se regula exhaustivamente el contrato de alimentos, para favorecerlo, esto es, para incentivar que el discapacitado pueda ceder bienes o capital a una persona de su confianza a cambio de que ésta le proporcione vivienda, manutención y asistencia de todo tipo durante su vida (arts. 1.791 a 1.797 del Código Civil).
- d) Se establece un legado legal de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado que lo necesite y estuviera viviendo en ella con el causante en el momento del fallecimiento, que no se computará para el cálculo de la legítima y tendrá carácter intransmisible (art. 822 del Código Civil).
- e) Se establece el carácter no colacionable de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad (art. 1.041, párrafo segundo).

Junto a estas medidas ciertamente loables, se adoptan otras mucho más discutibles, quizá por su radicalidad:

(1) Caso de Galicia, donde por remisión del artículo 146 de la Compilación de Derecho Civil de Galicia, de 24 de mayo de 1995, al Código Civil, debemos entender aplicable esta especial sustitución fideicomisaria.

- a) Así se establece como causa de indignidad sucesoria, esto es, determinante de la incapacidad para suceder, a quien no hubiere prestado al discapacitado las atenciones debidas, entendiéndose por tales los alimentos, esto es, sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluso el derecho a la educación (art. 756, apartado 7.º en relación con los arts. 142 y 146 del Código Civil). Esto hará que no pueda suceder al discapacitado quien no le hubiera prestado alimentos, aún sin haber estado legalmente obligado a ello. Piénsese así que los hermanos no están obligados en la misma extensión del 142 a prestar alimentos y sin embargo pueden ser declarados indignos si nos los hubieran prestado. En cualquier caso ya pueden inquietarse los familiares que descuidan la atención del discapacitado: ¡no pretendáis encima heredar!
- b) Pero sobre todo la medida que más choca con el sistema tradicional del Código Civil, que es más discutible y que puede ser fuente de problemas, es la admisión de que se pueda gravar la legítima estricta de los demás hijos o descendientes con una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos (art. 808 del Código Civil). Esta reforma permite que los padres o abuelos puedan dejar a su hijo o nieto discapacitado la totalidad de la herencia (tercio de libre disposición, tercio de mejora y tercio de legítima estricta en fideicomiso, como fiduciario, pasando una vez que fallezca a los demás hermanos, carentes de discapacidad).

El objeto de esta ponencia es analizar esta peculiar sustitución fideicomisaria, que ha supuesto una gran novedad en nuestro Derecho. En efecto, con ella se abandona el sistema de intangibilidad de la legítima en Derecho común, de manera que se modifican paralelamente los artículos 813 y 782 del Código Civil, como ahora veremos.

Además de radical y contraria a nuestra tradición histórica, es una medida de justicia discutible. Pues ¿no olvida quizá el legislador que los demás hermanos, a quienes sólo queda recibir los bienes cuando fallezca el discapacitado, pueden también caer en peor fortuna? El temor es que, protegiendo a alguno de los hijos discapacitados, se desproteja a otros que con posterioridad pueden tener iguales o peores problemas en su vida; en particular pueden también devenir discapacitados.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL

La regulación legal de esta especial sustitución fideicomisaria a favor de los discapacitados está recogida en los siguientes artículos en la nueva redacción dada por la Ley 41/2003:

Artículo 782 del Código Civil:

«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayere sobre el tercio de mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes».

Artículo 808, párrafo tercero del Código Civil:

«Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos».

Artículo 813, párrafo segundo del Código Civil:

«Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

Además de estos preceptos específicos introducidos por la reforma, serán también aplicables de forma supletoria los preceptos generales relativos a las sustituciones fideicomisarias en general (arts. 781 a 789 del Código Civil), siempre que sean aplicables.

III. ELEMENTOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL

En función de esta normativa legal, podemos afirmar que los elementos de la sustitución fideicomisaria son los siguientes.

A) ELEMENTOS PERSONALES

A. 1) *Testador disponente*

El causante que puede ordenar esta especial sustitución fideicomisaria es el padre o madre, abuelo o abuela, y demás ascendientes, respecto de los hijos, nietos y demás descendientes. Ningún otro testador puede imponer esta sustitución fideicomisaria: no pueden hacerlo los hijos o descendientes respecto de sus padres o ascendientes, ni el cónyuge causante en beneficio del cónyuge sobreviviente incapacitado.

Evidentemente que cualquier testador sobre sus bienes puede imponer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de libre disposición. Incluso puede gravar el tercio de mejora a favor de un hijo o descendiente. Pero para gravar la legítima estricta es preciso que lo imponga el padre, madre o ascendiente en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

A.2) *Fiduciario beneficiario de la sustitución*

Aquí debe destacarse que la Ley no ha querido generalizar esta peculiar sustitución fideicomisaria en cualquier supuesto de discapacidad. Aunque en principio el patrimonio protegido regulado en la Ley 41/2003 puede establecerse en beneficio de cualquier persona con discapacidad (2), que las causas de indignidad introducidas por la ley están referidas a la sucesión de personas con discapacidad (art. 756, apartado 7.º del Código Civil), como ocurre igualmente con el legado legal de la vivienda habitual (art. 822 del Código Civil) y en la dispensa de colación de los gastos realizados (art. 1.041 del Código Civil), por el contrario, tratándose de gravar la legítima con sustitución fideicomisaria sólo se admite si el fiduciario beneficiado es un hijo o descendiente *judicialmente incapacitado*. Para DÍAZ ALABART la condición de incapacitado es una *conditio iuris* de la sustitución (3).

No basta, por tanto, con la discapacidad general regulada en la Ley. Ni por supuesto con la mera incapacidad de obrar tenida en cuenta en otros muchos preceptos de nuestro Derecho, en concreto en la regulación del man-

(2) Entendiendo por tal, según el artículo 2.º, los afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

(3) DÍAZ ALABART, SILVIA, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de los hijos o descendientes*, en conferencia pronunciada en los cursos de verano de la URJ, 7 de julio de 2004, pág. 262: «La condición de incapacitado del fiduciario no es una condición impuesta por el testador, sino que viene implícita de la propia figura, una *conditio iuris*».

dato para caso de futura incapacidad del mandante (art. 1.732 en su nueva redacción). Se requiere una declaración judicial expresa por la que se incapacite al beneficiado con la sustitución, esto es, al que se pretende designar como fiduciario.

Para que, a su vez, la declaración judicial de incapacidad se produzca, es preciso que concurra una causa legal, las cuales vienen determinadas en el Código Civil: son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a una persona gobernarse por sí misma (art. 200 del Código Civil); los menores sólo podrán ser incapacitados cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacidad persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 del Código Civil).

En cuanto a las personas legitimadas para instar esta declaración judicial de incapacidad, la propia Ley 41/2003 ha modificado el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que pueda promover la declaración judicial de incapacidad, no sólo el Ministerio Fiscal, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz, sino también este mismo. No obstante, debe entenderse prevalente el párrafo 4.º de dicho artículo, de manera que cuando el presunto incapaz sea menor de edad, no lo podrá promover él mismo, sino quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

Para que pueda constituirse el fideicomiso por parte del causante, es preciso que la declaración de incapacidad exista en el momento de la apertura de la sucesión. Pero nada obsta a que se imponga con carácter condicional, esto es, sujeta a la condición de que se produzca la incapacidad en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión (4); el inconveniente en tal caso, es el mismo que en cualquier supuesto de institución condicional, cual es que habrá que poner la herencia en administración hasta que se cumpla la condición o haya certeza de que la condición no va a cumplirse (art. 801 del Código Civil).

No es necesario para beneficiar a los nietos y demás descendientes, designándoles fiduciarios, que el hijo —padre o madre del nieto favorecido— esté premuerto o sea incapaz de aceptar la herencia. Debe seguirse aquí la misma interpretación doctrinal y jurisprudencial que se hace de la regulación de la mejora en el artículo 823 del Código Civil (5).

(4) Caso de que se dijera —por ejemplo—: *«instituyo herederos a mi hijos..., si bien en caso de que mi hijo Fulanito sea judicialmente incapacitado, tendrán aquéllos la consideración de herederos fideicomisarios siendo fiduciario este último»*.

(5) Este artículo 823 del Código Civil al permitir que el padre o madre puedan disponer en concepto de mejora a favor de alguno de los hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a mejora, tampoco exige que para favorecer a los descendientes —nietos o bisnietos— deban haber premuerto las generaciones intermedias.

En cuanto al supuesto de que existan varios hijos o descendientes discapacitados, nada obsta para que el testador pueda nombrarlos fiduciarios simultáneamente —en cuyo caso serían cofiduciarios— o sucesivamente, esto es, primero uno y luego el otro transcurrido un plazo —o la condición prevista por el testador—, en cuyo caso en realidad el segundo discapacitado sería primer fideicomisario y los coherederos forzosos segundos fideicomisarios. Lo que no sería posible es que el testador estableciera un fideicomiso que pasara de los dos grados que como máximo admite el artículo 781 del Código Civil (6).

B) ELEMENTOS REALES

La sustitución fideicomisaria especial, objeto de este estudio, grava el tercio de legítima estricta de los hijos o descendientes.

El carácter excepcional de esta sustitución fideicomisaria respecto del carácter intangible de la legítima impide extenderla a la legítima de los ascendientes o la del cónyuge viudo, aunque la misma razón de ser tendría el que la ley hubiera pensado en ellos. En los mismos términos se pronuncia SILVIA DÍAZ ALABART (7).

Este gravamen sobre la legítima estricta puede extenderse, no obstante, también al tercio de libre disposición y a la mejora. Dicho de otro modo: aunque expresamente nuestro Código Civil, después de la reforma, tan sólo contempla de una manera expresa la posibilidad de gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en beneficio del fiduciario judicialmente discapacitado, lo hace precisamente porque hasta entonces no cabía la posibilidad de gravar la legítima; pero nada impide extender la sustitución fideicomisaria a la totalidad de la herencia, ya que el tercio de libre disposición siempre ha admitido lógicamente la imposición de tales gravámenes, al igual que el tercio de mejora que siempre ha admitido la posibilidad de ser gravado, siempre que el gravamen se establezca en beneficio de los legitimarios o sus descendientes (cfr. art. 824 del Código Civil que permanece inalterado por la reforma).

(6) La doctrina actual considera casi unánimemente que la palabra grado equivale a llamamiento efectivo y no generación. Véase al respecto RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo U, pág. 119.

(7) DÍAZ ALABART, SILVIA, *op. cit.*, pág. 263. Según esta autora: «Puede llamar la atención que puestos a permitir que se grave la legítima estricta no se haya pensado en extender la posibilidad al caso de que sea el cónyuge del testador o su ascendiente el que esté incapacitado judicialmente, puesto que su legítima es más corta y por razón de edad ese fideicomiso sería más natural», pág. 263.

Ahora bien, debe aclararse que se trata de una mera posibilidad y no de una imposición el que el fideicomiso especial a favor del discapacitado se extienda al tercio de libre disposición y al de mejora al mismo tiempo que al tercio de legítima estricta. Por lo que es perfectamente posible que se limite al tercio de legítima estricta y no se extienda al tercio de libre disposición (que podría atribuirse incluso a un extraño) ni al tercio de mejora (que se deje a otro hijo o descendiente). Quizá hubiera sido más lógico imponer tal fideicomiso expresamente a la totalidad de la herencia o acudir a mecanismos más razonables como la obligatoriedad de dejar el tercio de libre disposición al discapacitado (8).

La sustitución normalmente será durante toda la vida del fiduciario, pero nada impide que se pueda establecer un plazo inferior de duración del fideicomiso, transcurrido el cual quedará extinguido. En ambos casos se respeta claramente el límite de vigencia de las sustituciones fideicomisarias, que no pueden extenderse más allá del segundo grado (cfr. art. 781 del Código Civil).

C) ELEMENTOS FORMALES

La sustitución fideicomisaria deberá imponerse en el testamento del causante, que se regirá por las reglas generales. De manera que sólo se dará en la sucesión testada, nunca, lógicamente, en la intestada. Y dentro de la testada, admite tanto el testamento notarial como el testamento ológrafo judicialmente protocolizado —con la particularidad de la necesaria protocolización en el plazo de cinco años exigida por el art. 689 del Código Civil.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles a nombre del fiduciario judicialmente incapacitado se realizará en virtud de la escritura de partición hereditaria acompañada del testamento donde conste la sustitución (art. 14 LH y 80 de su Reglamento), la cual se hará constar literalmente en la inscripción (art. 51.6.^a y 82 RH). No será necesaria la intervención de los fideicomisarios. En la escritura de partición sí deberá comparecer el incapacitado a través de su representante legal, esto es, de sus padres, tutor o curador. Y si el tutor o curador tiene algún conflic-

(8) Crítica DÍAZ ALABART esta posibilidad. Según ella nada impide que el testador que gravó la legítima estricta con un fideicomiso a favor de su hijo o descendiente discapacitado pueda disponer *adlimum* del tercio libre y con la mejora puede beneficiar a algún hijo o descendiente no incapacitado. Sin embargo, afirma: «hay que reconocer que resulta un tanto extraño que, sin haber cambiado el régimen general de las legítimas de los descendientes, el testador pueda gravar las legítimas estrictas de sus hijos, incluso en algún caso desheredarles prácticamente sin razón legal para hacerlo, mientras que su capacidad para disponer de los otros dos tercios de la herencia no se ven afectados, sin que aquí parezca importar el interés del discapacitado incapaz», *op. cit.*, pág. 267.

to de intereses con el incapacitado (9) deberá al mismo tiempo designarse un defensor judicial (cfr. art. 299 del Código Civil).

Para dar tránsito de los bienes del fiduciario a los fideicomisarios, cuando la sustitución se extinga (por muerte o adquisición de capacidad por el incapacitado), bastará acompañar el mismo título sucesorio (testamento y partición) acompañados del documento público que acredite que ha tenido lugar la transmisión por extinción del fideicomiso (10) (cfr. art. 82 RH), así como la escritura de aceptación por los fideicomisarios (11).

Además de por vía testamentaria, también será admisible la constitución de este fideicomiso especial por vía de donación, de manera que el donante imponga la reversión de lo donado, una vez ocurra el fallecimiento —o el levantamiento de la incapacitación— del hijo o descendiente donatario judicialmente incapacitado, a favor de los demás hijos o descendientes coherederos forzosos (véase arts. 636 y 641 del Código Civil, de los que se deduce la sujeción de este tipo de donaciones a las mismas limitaciones que las sustituciones testamentarias).

IV. CONTENIDO DE LA SUSTITUCIÓN

A) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

El principal efecto del fideicomiso es que el fiduciario tiene el derecho de aprovechamiento y disfrute de los bienes fideicomitidos —uso, administración, percepción de frutos y rentas—, pero con obligación de conservarlos y transmitirlos a los fideicomisarios sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras (cfr. art. 783 del Código Civil).

La posición doctrinal mayoritaria entiende que en el fideicomiso en general el fiduciario es verdadero heredero y por tanto, que responderá ilimitadamente de las deudas hereditarias, salvo que hubiera aceptado a beneficio de inventario. Tratándose de fiduciario judicialmente incapacitado, sin embargo, tal aceptación de la herencia a beneficio de inventario es la regla general, de manera que se requerirá autorización judicial para aceptar pura y simplemente (cfr. art. 271, párrafo 4.º del Código Civil).

(9) Caso de que sea designado tutor uno de los fideicomisarios —por ejemplo, un hermano.

(10) Por ejemplo, certificado de defunción o testimonio de la resolución judicial, declarando su capacidad y el levantamiento de la incapacitación.

(11) Como señala DÍAZ ALABART, al desaparecer el fideicomiso los bienes que lo componían recuperan totalmente su naturaleza esencial: vuelven a ser, ya sin gravamen, el tercio de legítima estricta de la herencia del testador.

Es discutible si el fiduciario debe formar inventario y prestar fianza. DÍAZ ALABART se pronuncia a favor en el primer caso, y en contra en el segundo. Coincido con ella, ya que a pesar de la inexistencia de preceptos similares al artículo 491 del Código Civil, relativo al usufructo, la formación de inventario parece una medida razonable y justificada para proteger los intereses de los fideicomisarios; en cambio la imposición de fianza, dado su carácter excepcional, no permite la extensión analógica de aquél precepto (12).

En cualquier caso el principal problema que se plantea es si el fiduciario judicialmente incapacitado tiene facultades de disposición. La mayor parte de la doctrina se inclina por negar las facultades de disposición en el fideicomiso, salvo supuestos excepcionales o que el testador lo haya autorizado (cfr. art. 783, último inciso). Los supuestos excepcionales serían los siguientes: para pago de legítimas, legados y deudas de la herencia (pues no hay que olvidar que el fiduciario judicialmente incapacitado es heredero, y antes es pagar que heredar); y para atender los gastos extraordinarios de conservación.

Para poder vender como libres los bienes, no obstante, se requiere autorización judicial en procedimiento de jurisdicción voluntaria. El fiduciario, al ser un incapacitado, necesitará que dicha autorización judicial la solicite su representante legal (cfr. art. 271 del Código Civil).

Más discutible es que para la enajenación de los bienes fideicomitados, en caso de necesidad del fiduciario judicialmente incapacitado, se necesite siempre y en todo caso subasta judicial. Es cierto que todavía están en vigor los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la jurisdicción voluntaria y éstos la exigen dentro del procedimiento de enajenación de bienes de los incapacitados (cfr. arts. 2.011 a 2.030 LEC de 1881, dejados en vigor por la de 7 de enero de 2000, véase su Disposición Final 18); pero no es menos cierto que puede ser más ventajoso para el discapacitado la venta directa siempre, por supuesto, que así lo apruebe el juez. Este es el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que deja en el criterio del juez la apreciación de la existencia o no de conflicto de intereses entre el incapacitado y su representante legal o la necesidad de subasta pública (véase Resolución de 3 de diciembre de 2003) (13). Y es

(12) Para DÍAZ ALABART: «aunque no haya una norma específica en el Código Civil que lo imponga, es evidente que el fiduciario estará obligado a inventariar los bienes fideicomitados. Así pues, el tutor del incapacitado habrá de llevar a cabo ese inventario con intervención del fideicomisario. Cita al respecto como la Ley 231 de Navarra, los artículos 206 y 207 del Código de Sucesiones de Cataluña y 30 de la Compilación Balear siguen este criterio. Sin embargo entiende que la intención del legislador de favorecer al discapacitado incapacitado parece que no se compagina bien con la constitución de la garantía, *op. cit.*, pág. 264.

(13) Una viuda y sus hijos son dueños de un solar, perteneciendo a la primera una parte *pro indiviso* en usufructo y otra parte en pleno dominio, y a los segundos una parte en pleno dominio y otra en nuda propiedad. Dichos titulares venden la finca, estando una

también el criterio que analógicamente podría aplicarse, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2 de la Ley 41/2003, respecto del patrimonio especial del discapacitado, en donde se ha suprimido expresamente la necesidad de subasta pública (14).

Los mismos requisitos exigidos para la enajenación de los bienes de los fiduciarios discapacitados (justa causa, autorización judicial) serán necesarios para hipotecarlos o para constituir sobre ellos un gravamen (véase art. 2.030 LEC de 1881).

Por supuesto que además de para gastos extraordinarios de conservación podrán enajenarse los bienes fideicomitidos con el consentimiento de los fideicomisarios, pero en tal caso, en la medida que el fiduciario es un discapacitado, seguirá siendo necesaria autorización judicial.

Lo que no parece en ningún caso posible es que el fiduciario pueda enajenar su posición como tal, ni siquiera con autorización judicial, dado el carácter excepcional de este fideicomiso especial. En esto discrepo abiertamente con DÍAZ ALABART (15).

B) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS FIDEICOMISARIOS

El principal derecho que corresponde a los fideicomisarios es el de obtener la entrega de los bienes fideicomitidos a la finalización del fideicomiso,

de las hijas incapacitada y representada por su madre. Presentada la escritura en el Registro, acompañada de autorización judicial en cuya solicitud se expresó la situación de pro indivisión y que faculta para la venta, la Registradora no practica la inscripción, pues, entendiendo que existe contraposición de intereses, es preciso el nombramiento de defensor judicial. El Notario recurre. El recurso es estimado. Teóricamente podría haber contraposición de intereses en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal conveniencia está apreciada por el Juez al dar la correspondiente autorización. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso —la finca pertenece *pro indiviso* a varias personas (entre ellas representante y representada) y se vende en su totalidad— no existe tal contraposición y, por ello, no es necesaria la intervención del defensor judicial.

(14) Dispone el artículo 5.2 que las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución del patrimonio deberán prever la obligatoriedad de la autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil, no siendo necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente; en ningún caso sin embargo será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

(15) Opina DÍAZ ALABART que «La existencia del deber de conservar tiene como contrapartida la no disponibilidad del fiduciario de estos bienes aunque, como es lógico, no le está vedada la disposición no definitiva, sino circunscrita al término final del momento en que deje de ser fiduciario. Así pues, puede transmitir lo que tiene, un dominio temporal», *op. cit.*, pág. 265.

cosa que ocurrirá cuando fallezca el fiduciario discapacitado o cuando salga de la discapacidad —y así se reconozca por resolución judicial firme levantando la incapacitación—. Ahora bien, aquí debe hacerse una matización importante: la de que el tránsito a los fideicomisarios será de los bienes hereditarios que constituyan lo que por legítima estricta les corresponde a ellos, no el porcentaje de legítima estricta del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, la cual pasará a sus herederos.

Entretanto se produce el tránsito a los fideicomisarios, éstos tendrán derecho, como se ha visto, a exigir la formación de inventario y a que los bienes se conserven por el fiduciario con diligencia.

También tienen derecho a que su derecho conste —si se trata de bienes inmuebles— reflejado en el Registro de la Propiedad, a través de la cláusula de sustitución.

Muy discutida es la naturaleza de la posición del fideicomisario. No en cuanto a ser también heredero del causante (no hereda al fiduciario sino al testador) sino en cuanto a las facultades dispositivas que le pudieran corresponder. ¿Puede enajenar su derecho? ¿Puede ser embargada o hipotecada la posición del fideicomisario? La posición jurisprudencial pasa por distinguir según se trate de fideicomiso ordinario o fideicomiso de residuo. En el primer caso, el llamamiento genera un verdadero derecho transmisible (cfr. art. 799 del Código Civil) mientras que en el segundo —asimilable al fideicomiso condicional— no es sino una expectativa no transmisible (cfr. art. 759 del Código Civil) y por tanto tampoco embargable, enajenable ni hipotecable. Dentro del fideicomiso de residuo aún habría que distinguir entre las dos figuras de *aliquid supererit* y la de *eo quod supererit*. Esta es la posición de la RDGRN de 8 de febrero de 1957 (16).

Dado que el fideicomiso que nos ocupa es de la clase de fideicomiso ordinario, habrá que concluir que los fideicomisarios sí que pueden disponer de su derecho, gravarlo, hipotecarlo y ser objeto de embargo.

(16) Según esta Resolución, los esfuerzos de la doctrina para determinar si el denominado fideicomiso de residuo contiene las notas peculiares de la sustitución fideicomisaria, caracterizada por un doble llamamiento hecho por el testador, con la obligación de conservar y restituir los bienes impuesta al primer llamado y un orden sucesivo, parecen haberse orientado en dos direcciones, una seguida por el Tribunal Supremo, que estima que el fideicomiso de residuo es una institución condicional de heredero, subordinada a que al morir el primer instituido queden algunos bienes hereditarios, sin que hasta entonces corresponda a los fideicomisarios más que una simple expectativa para adquirir la cualidad de herederos, y otra mantenido por aquellos escritores para quienes no ofrece duda que el fideicomiso de *eo quod supererit* participa de la naturaleza de las sustituciones fideicomisarias en las que el llamado en segundo lugar adquiere derecho al residuo desde el momento de la muerte del causante, puesto que el llamamiento de los fideicomisarios no está condicionado cualitativamente, sino tan sólo en su contenido.

V. ¿PUEDE CONSTITUIRSE UN FIDEICOMISO DE RESIDUO?

La posibilidad de que el fideicomiso sobre el tercio de la legítima estricta de los fideicomisarios se configure como un fideicomiso de residuo, a mi juicio, no es aceptable. Nueva discrepancia con DÍAZ ALABART que no la excluye absolutamente (17).

Si se tratara de un fideicomiso ordinario, nada obstaría a que el testador admitiera que el fiduciario dispusiera de los bienes fideicomitados con plena libertad, pasando al fideicomisario el remanente (modalidad *si aliquid supererit*) o un porcentaje obligatorio de los bienes (modalidad de *eo quod supererit*).

A esa misma conclusión favorable debe llegarse en cuanto a la parte de los bienes de la herencia afectados por el fideicomiso que se imputan al tercio de libre disposición. Pero los relativos al tercio de mejora y a la legítima estricta no admite fideicomiso de residuo.

En efecto, al tratarse de supuestos excepcionales de gravamen de la legítima —sea mejora o legítima estricta—, van en contra de la regla general de intangibilidad de la legítima, y por tanto deberá concluirse que los preceptos reguladores de esta institución deben interpretarse restrictivamente y no aceptar tal posibilidad.

El fideicomiso regulado en los artículos 808, párrafo tercero, y 813, párrafo segundo, son siempre fideicomisos ordinarios, con obligación —salvo los supuestos excepcionales estudiados— de transmitir a los fideicomisarios todos los bienes gravados.

Por tanto, tampoco necesitarán que expresamente el testador imponga una específica prohibición de disponer sobre los bienes, aunque lo que abunda no daña y nada impide que lo diga así.

VI. EL FIN DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

La legítima en Derecho Común se caracterizaba siempre por un principio general de intangibilidad, de manera que el legitimario tiene derecho a una parte de los bienes de la herencia (*pars bonorum*, art. 806 del Código Civil) siendo su intervención en la partición necesaria para consentir las adjudicaciones y evitar así que quede perjudicada.

(17) Señala DÍAZ ALABART que «es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el artículo 808.3 del Código Civil; de admitirlo podría convertirse más que en un gravamen sobre la legítima estricta en una verdadera desheredación (...) pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente, ya que el legislador no ha puesto limitaciones respecto del tipo de fideicomiso», *op. cit.*, pág. 263.

Las excepciones a esta regla general eran más bien escasas; era el caso de la cautela socini (18) (amparada en el art. 820, párrafo tercero del Código Civil) que era una forma —aunque debía ser consentida por los legitimarios— de gravamen. También podemos citar el caso de la facultad del testador de adjudicar indivisa una explotación económica pagando en metálico a los demás legitimarios (prevista en el art. 1.056 del Código Civil) que distorsionaba la naturaleza de la legítima, pasando a configurarla como un mero derecho de crédito (*parsvaloris*).

Sin embargo, el proceso de desnaturalización de la legítima en Derecho Común —y paralelamente de acercamiento al Derecho Foral, donde es mucho más flexible la regulación de la legítima— ha ido creciendo. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, generalizó la posibilidad de pago en metálico de la legítima, modificando el artículo 841 del Código Civil, permitiendo al testador o contador-partidor, expresamente autorizado por aquél, adjudicar todos los bienes de la herencia a alguno de los hijos o descendientes.

La reforma del artículo 1.056 del Código Civil por la Disposición Final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, permitiendo también la atribución unitaria a uno de los legitimarios —y el consiguiente pago en metálico a los demás— en caso de acciones o participaciones de sociedades de capital supuso un paso más en la misma línea.

Este proceso ha dado un avance definitivo en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Por dos vías:

- a) Incrementando el ámbito de aplicación de la facultad de distribución encomendada al cónyuge sobreviviente en el artículo 831 del Código Civil (19).
- b) Sobre todo, admitiendo la imposición de un gravamen de tal calibre como es una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, tal como hemos analizado.

(18) Por virtud de la cual se instituye herederos en la totalidad de la herencia a los legitimarios, pero en nuda propiedad, atribuyendo el usufructo al cónyuge sobreviviente del causante, con el apercibimiento a los legitimarios de que si no se conforman quedarán reducidos a la legítima estricta.

(19) La reforma ha ampliado esta facultad de distribuir, extendiéndola al tercio de libre disposición —por tanto desvinculándola de la facultad de mejorar—; admitiendo que abarque la atribución de bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada; y permitiendo su aplicación incluso a las parejas de hecho siempre que tengan descendencia común.

No se trata ahora de decidir si los pasos dados son o no más conformes con la realidad social actualmente imperante en los territorios de Derecho Común. Quizá sea así. Lo único que corresponde ahora es reclamar un debate más amplio sobre la naturaleza de la legítima en el Código Civil, rechazando estas reformas parciales del Código Civil efectuadas por leyes que nada tenían que ver con esta institución hereditaria (20).

VIL PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE

A) DISPARIDAD ENTRE EL REPRESENTANTE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO Y EL TUTOR

No cabe confundir los bienes y derechos adjudicados al hijo o descendiente judicialmente discapacitado en concepto de fiduciario, siendo fideicomisarios los demás coherederos forzosos, con el patrimonio de discapacitado en general constituido sobre bienes que pueden o no estar integrados en la herencia, por mucho que ambos estén regulados en la Ley 41/2003. El patrimonio del discapacitado puede estar constituido por otras muchas personas distintas del testador y el beneficiario no necesita estar judicialmente incapacitado, basta con ser discapacitado.

Ahora bien, puede ocurrir que el testador haya dispuesto que los bienes afectados por la sustitución fideicomisaria integren también el patrimonio protegido del discapacitado. En estos casos pueden surgir ciertos conflictos derivados de que el representante del patrimonio protegido no sea la misma persona que el tutor del fiduciario judicialmente incapacitado.

De hecho, tratándose de hijos o descendientes judicialmente incapacitados, pueden concurrir hasta cuatro patrimonios distintos:

- a) El patrimonio ordinario del discapacitado, gobernado por los padres, tutor o curador del incapaz.
- b) El patrimonio protegido constituido al amparo de la Ley 41/2003, administrador por la persona designada conforme al documento público de constitución.
- c) Bienes determinados adquiridos por el incapacitado a título gratuito, en cuyo caso su administración corresponderá al administrador de los bienes designado por el testador sobre los bienes dados en herencia o legados (cfr. art. 164.1 del Código Civil, que exige estar a lo dis-

(20) Coincido en esto con DÍAZ ALABART, para quien «aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil, para permitir una mayor libertad de disposición del causante, debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto», *op. cit.*, pág. 270.

puesto por el disponente en orden a la administración de los bienes cuando se trata de disposiciones a título gratuito).

- d) Bienes adquiridos por el judicialmente discapacitado en concepto de fiduciario por constituir la legítima estricta de sus coherederos forzosos que tienen el carácter de fideicomisarios. La representación legal del discapacitado respecto de estos bienes estará determinada por lo dispuesto por el testador, y en su defecto la llevará a cabo el tutor del discapacitado.

En cualquier caso deberá buscarse, en interés del discapacitado, y para lograr una mejor administración de sus bienes, que estas personas, potencialmente distintas, sean una sola. Esto deberá buscarlo el testador o en su defecto el juez a la hora de designar tutor de la persona o bienes del discapacitado.

B) ¿EXISTE SUSTITUCIÓN VULGAR EN EL FIDEICOMISO?

Muy discutida es en la doctrina el tema de si existe o no sustitución vulgar en el fideicomiso. El problema que se plantea es el siguiente: si el hijo o descendiente judicialmente discapacitado designado como fiduciario premuere al testador, ¿se abrirá la sucesión abintestato de manera que pasarán los bienes a los herederos abintestato del causante o heredarán los fideicomisarios pese a la premoriencia del fiduciario? De optarse por esta última solución, significaría tanto como afirmar que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar.

La solución es mayoritariamente afirmativa, esto es, que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar, en el caso de fideicomiso normal. Existe mayor polémica cuando el fideicomiso es de residuo, esto es, cuando al fiduciario se le facultase para vender o disponer de parte de la herencia. Aquí la posición del Tribunal Supremo (21) es contraria a reconocer al fideicomisario de residuo la condición de sustituto vulgar del instituido, en contra del parecer de la Dirección General de los Registros y del Notariado que —basándose en la interpretación del testamento y en que la voluntad del causante es ley de la sucesión— entiende que los fideicomisarios llamados son también sustitutos vulgares del fiduciario (22).

(21) Véase, entre otras, las sentencias de 5 de octubre de 1970 y 23 de abril de 1975.

(22) Según la RDGRN, de 17 de septiembre de 2003: En nuestro Derecho está comúnmente admitido que, mientras que la doctrina estima que la «sustitución» fideicomisaria implica la «vulgar», la Jurisprudencia se muestra radicalmente contraria a tal aserto. Sin embargo, últimamente, una doctrina más moderna afirma que, si bien es cierto

Sin embargo, esta discusión no tiene sentido en el ámbito del fideicomiso especial a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, donde en caso de premoriencia de éste simplemente quedará sin efecto la sustitución fideicomisaria. No se puede decir que exista sustitución vulgar en el fideicomiso, sino sencillamente que no gravará la legítima estricta la sustitución, quedando ésta sin efecto. Su legítima estricta acrecerá por tanto a los demás coherederos forzosos, salvo el derecho de representación cuando deba tener

que una parte importante de la Jurisprudencia (cfr. sentencias 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) 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 lo que se quiere afirmar es que no es una «sustitución» fideicomisaria normal, por no tener el fiduciario la obligación de conservar, lo cual es indiscutible, y que, por el contrario, existen otras sentencias que no se oponen a la calificación del «fideicomiso» de residuo como «sustitución» fideicomisaria (cfr. las 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). Y tal doctrina científica concluye que la obligación de conservar no es la esencia de la «sustitución» fideicomisaria, pues, por una parte, el artículo 781, más que definir la «sustitución» fideicomisaria, lo que hace es establecer un límite a las «sustituciones» de este tipo en las que haya deber de conservar, y, por otra, el artículo 783, párrafo segundo del Código Civil, permite que tal obligación pueda ser modalizada por voluntad del instituyente, siendo, por tanto, la esencia de dicha «sustitución» el llamamiento sucesivo, llegando a la conclusión de que la figura de la «sustitución» fideicomisaria engloba dos modalidades: la normal (con obligación de conservar), y la de residuo (en la que, con mayor o menor amplitud, se conceden al fiduciario facultades de disponer de los bienes). Con tal doctrina se llega a la conclusión de que, calificado el llamamiento de residuo como «sustitución» fideicomisaria, y entrando en la cuestión de si ésta engloba la «vulgar» tácita, salvo supuestos aislados, la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo, como también la regulación de la institución en algunas regiones de Derecho Foral o especial, y en la legislación extranjera, porque, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede si el primer llamado no lo hace. Parece, entonces, que la solución del problema ha de partir de dos principios básicos: *a)* Cada caso habrá de resolverse en función de una interpretación específica del respectivo supuesto; *b)* La solución vendrá dada en función de que se estime, a la vista del caso examinado, si puede llegarse a la conclusión de que se ha querido (teniendo en cuenta las limitaciones que nuestro Código Civil impone a la interpretación del testamento, según la doctrina jurisprudencial) que los llamados al residuo sustituyan a los primeramente llamados, en cuyo caso estaríamos dentro de los límites de la interpretación testamentaria, o, por el contrario, llegar a dicha conclusión supondría entrar en el campo de integración de la voluntad del testador, y, en consecuencia, tal conclusión excedería de tal labor interpretativa.

lugar —caso, por ejemplo, de que el incapacitado tenga hijos o descendientes—. Y en cuanto a los demás bienes del incapacitado pasarán a sus herederos voluntarios o abintestato conforme a las reglas generales.

VIII. CONCLUSIONES

En definitiva, el legislador ha dado un paso largo en la defensa de los intereses patrimoniales del discapacitado que, no olvidemos, podemos ser cualquiera. Pero lo ha hecho con medidas que van a cambiar el curso de la historia, al menos de la del Derecho, en la medida que por vez primera va a alterar el régimen de instituciones de origen inveterado, como la legítima hasta ahora intocable —e intangible— en Derecho Común. Entre tales medidas, la más polémica es precisamente la del fideicomiso sobre la legítima estricta de los demás coherederos forzosos.

En todo caso, la Ley puede servir de ejemplo para que las legislaciones civiles especiales, como la de Cataluña, den otro paso en la misma línea: aquí tendría incluso a favor la mayor libertad de testar que siempre existió en Derecho Foral y que se manifiesta en la inexistencia de una legítima estricta y en la posibilidad de mantener la unidad del patrimonio, dejando a los demás hijos su legítima en metálico.

Estamos, en definitiva, ante una norma de finalidad loable que a nadie dejará indiferente; menos a los discapacitados que ven como al menos la sociedad, por fin, se preocupa de ellos.

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Letrado de la Dirección General de los Registros
y del Notariado

Aportaciones al estudio del llamado *patrimonio protegido* del discapacitado

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. UN APUNTE SOBRE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.—3. NATURALEZA Y CARACTERES DEL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—4. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—5. FINALIDAD Y BENEFICIARIO DEL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—6. CONSTITUCIÓN DEL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—7. SU ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN.—8. LA EXTINCIÓN DE ESTE PATRIMONIO SINGULAR.—9. CONTROL Y SUPERVISIÓN.—10. PUBLICIDAD Y BENEFICIOS FISCALES. CONCLUSIÓN.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La atención específica (*socio-asistencial-económica*) del discapacitado en España se ha venido financiado habitualmente a través de una doble vía. Por una parte, los poderes públicos ponen a su disposición medios económicos, bien a través de servicios dirigidos al colectivo de personas afectadas, o bien al articular instrumentos materiales a su favor, como son beneficios fiscales o subvenciones, todo ello como consecuencia del mandato constitucional de considerar su protección como una carga pública irrenunciable (1). Por otra, nuestro

(1) El artículo 49 de la Constitución Española dispone que «*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*». También su artículo 9.2 obliga a los poderes públicos a «*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

Igualmente, la Constitución Europea (art. II-86), bajo el epígrafe *Integración de las personas discapacitadas*, contiene una declaración general en la que puede leerse: «*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de*

país presenta el hecho incontestable de ser la familia del discapacitado la que mayor esfuerzo y sacrificio económico realiza, hasta soportar situaciones insostenibles para que sus necesidades vitales sean suficientemente cubiertas. Como señaló el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado* (2), la falta de aptitud de éste para procurarse el propio sustento, y la necesidad de ofrecerle los costosos cuidados y las atenciones específicas que normalmente requiere, obligan a que, por lo general, sea el patrimonio familiar quien se haga cargo de su asistencia.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, felizmente ha configurado para nuestro Derecho, y dentro de la conmemoración del *Año Europeo de las personas con discapacidad* (2003), una tercera vía de asistencia económica al discapacitado, al prever para éste la constitución de un patrimonio propio —el *patrimonio protegido*— dirigido a satisfacer sus necesidades vitales. La masa o conjunto de bienes y derechos que, a partir de esta importante reforma y para tal fin asistencial puede constituirse, queda sujeta a un régimen legal específico de creación, correcta administración, supervisión o control público, así como a un tratamiento fiscal, como no podía ser menos, favorable.

Este reconocimiento legal, por otra parte largamente esperado desde que se anunció a finales de los años noventa el deseo del legislador de crear un *Estatuto patrimonial para el discapacitado* (3), ha tranquilizado principalmente a los familiares directos de este colectivo de afectados, siempre preocupados no sólo por su actual calidad de vida, sino especialmente por su situación en el futuro, cuando ellos no estén o pudieran encontrarse en situación de no atenderlo («¿Qué será de él cuando nosotros faltemos?», pregunta habitual entre las familias afectadas). Aparte de significar, por sus importantes deducciones fiscales, un alivio para el pecunio familiar desde el que sostiene al discapacitado. Aunque también hay que resaltar que una protección patrimonial para el discapacitado, como la que se ha diseñado, supone indudablemente un refuerzo del patrimonio familiar.

Con la aprobación de la Ley 41/2003, el legislador ha pasado a favorecer la constitución de una masa de bienes o derechos destinados exclusivamente a la asistencia y a la mejora de la calidad de vida del discapacitado. Hasta su promulgación, las soluciones asistenciales para los afectados eran escasas y poco atractivas. Así, por ejemplo, cabía constituir un patrimonio en vida de los

medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

(2) 6 de junio de 2001, pág. 4.

(3) Del que fue impulsor principal tanto CES (Confederación Española de Fundaciones) como CERMI (Confederación Estatal de Representantes de Minusválidos).

padres por donación, pero especialmente gravado por el impuesto correspondiente. Otra posibilidad era preverlo vía testamento, solución que, además de la oportuna carga fiscal, debía sortear el estricto sistema de legítimas de nuestro Código Civil cuando había otros legitimarios (como era el caso de hermanos del discapacitado), a quienes necesariamente debe reservarse, como mínimo, la tercera parte de la herencia, sin olvidar la disminución que para esa previsión de patrimonio suponía, si fuera el caso, la previa liquidación del régimen de la sociedad de gananciales (4). Aún en el caso de haberse nombrado un tutor al discapacitado, podría darse el hecho, por otra parte habitual, de no encontrar familiares o personas dignas de confianza para ocupar tal cargo, y tener que recurrir en ese caso a organizaciones o entidades en principio solventes en el cuidado de la persona y del patrimonio del discapacitado.

La preocupación por encontrar soluciones desde nuestro Derecho a la cuestión del sostenimiento y de la asistencia del discapacitado es una constante en nuestra doctrina (5) y en las instituciones protectoras, además de un

(4) Si fallecen los padres y el hijo aún no está incapacitado, habrá que proceder a tal declaración, a fin de que su representante legal pueda aceptar la herencia y administrar los bienes que, después de haber sido liquidado el impuesto correspondiente, le sean adjudicados.

(5) Sobre la protección jurídica de la discapacidad en España, vid., entre las últimas obras, ADROHER BIOSCA, S., *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004; ARCE FLÓREZ-VALDEZ, J., «La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (la tutela del siglo XXI)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 207 y sigs.; ARROYO AMAYUELAS, E., «Del mandato "ordinario" al mandato de "protección"», en *RJN*, enero-marzo 2004, págs. 9 y sigs.; CAFFARENA LAPORTA, J., «La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 321 y sigs.; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La situación de las personas con discapacidad en España*, 17 de diciembre de 2003; CORRAL GARCÍA, E., «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», en *RJN*, abril-junio 2003, págs. 27 y sigs.; DÍAZ ALABART, S., «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado (art. 808 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *RDP*, mayo-junio 2004, págs. 259 y sigs.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 1, 2004, págs. 43 y sigs.; FUNDACIÓN AEQUITAS, *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas, Madrid, 2004; GARCÍA CALDERÓN, J. M., *La voluntad del discapacitado en el proceso*, B. I. Colegio Notarial de Granada, 269, t. II, marzo de 2004, págs. 1165 y sigs.; GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004; la magnífica obra, ya un clásico en esta materia, de LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997; LUCINI NICAS, J. A., «La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», en *AC*, 14, 2.ª quincena de julio de 2004, págs. 1621 y sigs.; PERENA VICENTE, M., «El derecho sucesorio como ins-

motivo permanente de encuentro multisectorial entre los distintos especialistas en la materia, lo que ha fructificado en numerosos congresos, jornadas o reuniones (6).

La intervención legislativa de 2003, que pasamos a comentar, no sólo se ha limitado a reconocerle al discapacitado un patrimonio propio y especialmente protegido con importantes beneficios fiscales, sino que ha ido más allá al ofrecer amplias y variadas soluciones para el correcto logro de ese fin asistencial, como son las novedades que la Ley 41/2003 presenta en materia sucesoria, en sede de contrato de alimentos, acerca del reconocimiento en nuestro Derecho de la autotutela, la previsión de poderes en consideración a la propia discapacidad, o el derecho de habitación, que son materias que exceden del objeto de este comentario (7).

trumento de protección del discapacitado», en *La Ley*, núm. 55.957, págs. 1 y sigs.: «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *AC*, 15 de septiembre de 2004, págs. 1758 y sigs.; PÉREZ JIMÉNEZ, M. T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en *AC*, 15 de diciembre de 2004, págs. 2540 y sigs.; REGLERO CUADRADO, G., «Aspectos tributarios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria», en *Revista Impuestos*, núm. 20, octubre de 2004, págs. 15 y 36; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M. J.-RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», en *La Ley*, 29 de junio de 2004, págs. 1 y sigs.; RODRÍGUEZ-POYO SEGURA, M., *Protección de menores e incapaces en el tráfico jurídico (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial y guardia de hecho)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2001; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Aranzadi, Pamplona, 2004; SILLERO CROVETTO, B., «Tratamiento jurídico de la incapacitación de personas de edad avanzada», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Díez Picazo*, t. I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 975 y sigs.; SIMÓN, P., *¿Quién decidirá por mí?*, Triacastela, Madrid, 2004; VARIOS, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado-Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Director: RAFAEL MARTÍNEZ DÍE; Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, Madrid, 2000; *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Directores: ALZAGA VILLAAMIL, ARNALDO ALCUBILLA, CABRA DE LUNA, LÓPEZ GUERRA y DE LORENZO, Fundación ONCE y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000; *Los discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA y JOSÉ PICÓN MARTÍN, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; ZURITA MARTÍN, I., «Anotaciones al nuevo contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 12, 2004, págs. 145 y sigs.; y *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004.

(6) En este sentido, es oportuno señalar que este trabajo toma como base mi conferencia *El patrimonio protegido del discapacitado*, que pronuncié dentro de las Jornadas *A protección patrimonial dos discapacitados*, dirigidas por el profesor PÉREZ DE VARGAS y celebradas en la Escola Galega de Administración Pública durante los días 2 y 3 de diciembre de 2004, cuya dirección está a cargo del profesor BELLO JANEIRO.

(7) El legislador ha sido sensible al hecho incontrovertible de que, a raíz de su integración social, escolar o laboral, el discapacitado, entre otras muchas cosas, cobra y

2. UN APUNTE SOBRE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Como recogía el extenso y riguroso Informe del *Consejo Económico y Social* sobre la «*Situación de las personas con discapacidad en España*» (8), en los últimos años asistimos en España al incremento continuo del número de situaciones de discapacidad debido, entre otras causas, al envejecimiento de la población, a la supervivencia a enfermedades y accidentes que antes eran mortales, a las mayores expectativas de vida de las personas con enfermedades crónicas y con discapacidad (como consecuencia de los avances médicos), así como el cada vez menor número de personas que pueden cuidar de aquéllas en su domicilio, y que determina que muchas no puedan recibir la atención que se merecen.

La última encuesta oficial sobre la discapacidad en España (*Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud* —EDDES—) (9), reflejaba que en nuestro país viven hoy más de 3,5 millones de personas con discapacidad, lo que supone, dado el tiempo transcurrido desde su confección, que en la actualidad más de un 10 por 100 de la población total de nuestro país está afectada por alguna deficiencia física o psíquica.

Con carácter previo, resulta conveniente, por la confusión terminológica en que a veces se incurre, advertir que la minusvalía, la discapacidad y la deficiencia son dimensiones distintas que confluyen en una misma realidad: la necesidad de asistencia. Si la *minusvalía* es la situación de desventaja de un individuo determinado a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que le limita o impide el desempeño de un rol que sería normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales), la *deficiencia*, por su parte, alude a la anomalía de los órganos o de las funciones propias de los órganos; mientras que la *discapacidad* sería toda limitación grave que afecta, o se espere que vaya a afectar durante más de un año, a la actividad del que la padece, y cuyo origen reside en una deficiencia, incluso aunque tal discapacidad la tenga superada con el uso de ayudas técnicas externas (10).

Aunque desde el punto de vista del Derecho no encontramos un concepto genérico de lo que se entiende por discapacidad, si exceptuamos la definición

paga dinero, abre una cuenta corriente, utiliza medios de pago electrónico, contrata servicios, o lleva a cabo una gran variedad de actos de consumo.

(8) Informe 4/2003, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 17 de diciembre de 2003.

(9) Encuesta realizada por el INE, ONCE e IMSERSO, que sirve de referencia en todos los estudios de la discapacidad en España, y en la que se recoge una gran cantidad de datos referidos a los discapacitados en nuestro país.

(10) Vid. *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)*, publicada en 1980 por la OMS.

de minusválido que ofrece el artículo 7.1 de la LISMI (Ley 13/1982, de 7 de abril, de *Integración Social del Minusválido*) (11), la medicina coincide en señalar que la discapacidad (deficiencia) puede ser física, mental o sensorial (12). Es física cuando la persona padece anomalías orgánicas en el aparato locomotor o extremidades, sistema nervioso y alteraciones viscerales. Es mental cuando el afectado presenta un retraso de este tipo en sus grados severo, moderado y leve, además del retraso madurativo, las demencias y otros trastornos mentales. En cambio, es sensorial cuando la persona está afectada por trastornos relacionados con la vista, el oído y el lenguaje.

El citado Informe 5/2003 del CES nos aporta también datos inquietantes que demuestran la oportunidad y la necesidad que, para el fin asistencial del discapacitado, ha tenido la Ley 41/2003 con la previsión de un *patrimonio protegido*. En ese sentido, no sólo resulta preocupante leer en él que en España casi un millón y medio de personas con alguna discapacidad encuentran dificultades de grado máximo para su desenvolvimiento en la vida diaria (13), sino aún más, el constatar que los ingresos percibidos por los hogares en los que vive alguna persona con discapacidad evidencian una notable asociación entre las rentas más bajas de nuestro país y la discapacidad, aumentando dicho número por la necesidad asistencial (14).

3. NATURALEZA Y CARACTERES DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 41/2003 diseña para nuestro Derecho el llamado *patrimonio protegido* del discapacitado mediante la creación *ex novo* de un patrimonio se-

(11) «A los efectos de la presente Ley, se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».

(12) Vid. sobre este punto, la Resolución WHA 54.21 de la OMS, de 22 de mayo de 2001, quien en su 54.^a Asamblea Mundial de la Salud aprobó la «Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud», conocida como CIF.

(13) Lo que supone que cuatro de cada diez discapacitados necesitan apoyo de forma ineludible.

(14) Así un importante número de hogares con personas con discapacidad (16 por 100) no superan los 391 euros mensuales, y un 37 por 100 alcanza un máximo de 781 euros. Para el CES, la causa reside en que son menores las rentas de los hogares sostenidos por personas de edad avanzada, que, a su vez, son las más proclives a padecer discapacidad, además las personas que integran hogares con rentas bajas tienden a desplegar pautas de conducta que pueden provocar déficits de salud, y que, por tanto, son más propicios al desarrollo de deficiencias y discapacidades.

También en dicho Informe se comprueba que en España más de un millón y medio de personas con discapacidad son receptoras de alguna ayuda personal, siendo los desplazamientos, dentro y fuera del propio hogar, y la realización de las tareas domésticas, las actividades para las que más personas reciben apoyo.

parado, sin personalidad jurídica propia, pero con la particularidad —como indica su Exposición de Motivos (II)— de ser independiente del resto del patrimonio personal de su titular-*beneficiario*, al someterlo a un régimen específico de constitución, administración-gestión, supervisión y tratamiento fiscal.

Estamos en presencia de lo que se conoce como un patrimonio de destino, pues, como también apunta la citada Exposición, «*las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*» (II), y entiendo, pues no hay que descartarlo, que incluso el propio sostenimiento de personas a cargo del propio discapacitado.

Con la previsión de un patrimonio separado y protegido, el legislador ha rechazado como fórmula para los fines asistenciales del discapacitado, la creación de fundaciones de interés particular, por otra parte prohibidas por nuestra Constitución (15), los fideicomisos sucesorios familiares fuera de los límites de nuestro Código Civil, o la carga de asistencia singular, de carácter duradero y afectada a una persona jurídica tutelar.

Aunque esta figura jurídica del *patrimonio protegido* sea una aportación *ex novo* en el Derecho español (salvo lo establecido en los arts. 164 y 227 del Código Civil, y en el art. 169 del Código de Familia catalán) (16), sí que, en cambio, presenta en Derecho comparado alguna similitud con la institución jurídica anglosajona del *trust*, en el sentido de patrimonio independiente administrado por terceras personas (17).

Los caracteres más sobresalientes que presenta el patrimonio especialmente protegido son los siguientes:

(15) El artículo 34 CE sólo «*reconoce el derecho de fundación para fines de interés general*».

(16) El artículo 14 del Código Civil dice que: «*Se exceptúan de la administración paterna: 1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos*». El artículo 227 del Código Civil establece que: «*El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor*». Por su parte, el artículo 169 del Código de Familia catalán (Ley 9/1998) dispone que: «*Resultan excluidos de la actuación tutelar, o, si es el caso, de la administración patrimonial, los bienes adquiridos por la persona tutelada por donación, herencia o legado, cuando el donante o causante haya ordenado una administración especial y haya nombrado la persona que ha de ejercerla*».

(17) El *trust* podemos definirlo como dos actos jurídicos unilaterales por los que una persona —«*settlor*»— transfiere a otra —«*trustee*»— la propiedad de ciertos bienes, si bien dichos bienes no se integran en el patrimonio del «*trustee*» y quedan separados del resto de su patrimonio, con la finalidad de actuar en beneficio e interés de otras personas —«*beneficiarios*»—, según las instrucciones dadas por «*settlor*» al «*trustee*» y consignadas en la escritura de constitución. Nada impide que el «*settlor*» puede ordenar que el mismo sea el único «*beneficiario*» del *trust*.

1.º Es un *patrimonio separado*, es decir, aislado del resto del patrimonio personal del discapacitado titular-*beneficiario*. pero ya advertimos, aunque se tratará con mayor profundidad más adelante, que esa separación patrimonial no deja de ser teórica, pues no le sustrae del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil (18).

2.º Es un *patrimonio de destino*, configurado para atender las necesidades de la persona con discapacidad, pues la Ley expresamente ordena que «*Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido*» (art. 5.4).

3.º Se trata de un *patrimonio legal*, pues es la Ley 41/2003 quien lo configura y le diseña un régimen específico (de naturaleza privada y pública) en cuanto a su constitución, administración, supervisión y tratamiento fiscal favorable.

4. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL PATRIMONIO PROTEGIDO

Según dispone el artículo 1.2 de la Ley 41/2003, el *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este texto legislativo y en las disposiciones de desarrollo que se dicten para, a continuación, pasar a establecer, a los efectos de la incapacitación, una preferencia de sus reglas frente a lo dispuesto en los Títulos IX (arts. 199 y sigs.) y X (arts. 215 y sigs.) del Libro I de nuestro Código Civil.

El silencio del articulado de esta Ley —dictada, entre otros, al amparo del título competencial a favor del Estado reconocido por el art. 149.1.8 CE— acerca de una reserva a favor de lo que pudiera regular sobre esta materia la legislación propia de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil especial o foral (19), ha sido contestado desde Cataluña, cuyo Parlamento ha interpuesto contra la Ley 41/2003 un recurso de inconstitucionalidad

(18) En idéntica dirección, vid. PEREÑA VICENTE, *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, cit., págs. 1764 y 1765.

(19) Salvo lo que puede leerse en su Exposición de Motivos, «La regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.a de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil».

(núm. 1004/2004), admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 13 de abril de 2004 (20).

5. FINALIDAD Y BENEFICIARIO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La previsión legal de un *patrimonio protegido* para el discapacitado se ha considerado oportuna, principalmente para favorecer a estas personas con un conjunto de bienes y derechos suficientes para su correcta asistencia. Esta finalidad aparece claramente recogida en el artículo 1.1 de la Ley 41/2003, cuando dispone que: «*El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*».

Como *beneficiario del patrimonio protegido*, la Ley 41/2003 señala «*exclusivamente*» a la persona afectada por un determinado grado de minusvalía, deficiencia o discapacidad (21), con independencia de que en ella concurra alguna de las causas de incapacitación de las previstas en el artículo 200 del Código Civil, y sin que además sea necesario que tal *beneficiario* se encuentre previamente incapacitado por sentencia judicial (art. 199 del Código Civil), lo cual no deja de ser una novedad en nuestro Derecho Civil (22).

Con esta previsión, la Ley 41/2003 ha pasado a cualificar *administrativamente* al *beneficiario del patrimonio protegido*, al requerir para la constitu-

(20) BOE número 102. de 27-04-2004, pág. 16606. En el recurso del Parlamento de Cataluña puede leerse que «reconociendo que el legislador estatal es competente para dictar los artículos 1 a 13 de la Ley 41/2003, en virtud de los títulos que la Constitución le reserva en materia de Derecho Civil, debe admitirse que estos preceptos tendrán en Cataluña valor supletorio (...) Es decir, la Ley que en el ámbito del Derecho Civil de Cataluña pueda aprobar el Parlamento de Cataluña en materia de protección patrimonial de personas con discapacidad tendrá aplicación preferente a la Ley estatal. La norma catalana se autointegrará con el resto del ordenamiento civil catalán y sólo en segunda instancia se podrá acudir al Derecho estatal como norma supletoria» (*Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento contra la Ley del Estado 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 25, Alegación I, pág. 48).

(21) El artículo 2 de la Ley 41/2003 establece que «7. *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular*».

(22) Recordemos que el artículo 200 del Código Civil dice: «*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*», y el artículo 199 del Código Civil dispone: «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

ción de éste (ya lo haga el propio discapacitado, sus representantes o un tercero) que la Administración Pública reconozca a su *beneficiario* una discapacidad física o sensorial superior a un 65 por 100, o una deficiencia psíquica nunca inferior al 33 por 100 (23). También esta Ley admite que dicho certificado de discapacidad pueda obtenerse mediante sentencia firme, entendiéndose que puede ser dictada tanto como consecuencia directa del procedimiento judicial de incapacitación del discapacitado (24), como por admitir el recurso contencioso contra la denegación de la certificación administrativa requerida (25).

La declaración oficial de minusvalía, que puede solicitarse ante la Administración correspondiente por el propio interesado, su representante legal o guardador de hecho, es un documento administrativo que reconoce a su titular la condición de discapacidad, temporal o definitiva, en el grado que determinen los porcentajes de valoración aplicados. La norma reglamentaria que regula el procedimiento para el *reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía* es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Para los discapacitados intelectuales con un grado entre el 33 y el 65 por 100 puede haber dificultades prácticas de aplicación en este punto, pues los certificados actuales que contienen las resoluciones que conceden el reconocimiento de grado de minusvalía no especifican si la discapacidad es física, psíquica o sensorial (26).

El certificado de minusvalía, como hemos apuntado, no siempre es consecuencia directa de la incapacitación judicial del discapacitado. Se puede ser un «incapacitado administrativo» y no ser un incapacitado ante el Derecho, lo que sólo se puede declarar por sentencia (art. 199 del Código Civil). No

(23) Dispone el artículo 2 de la Ley 41/2003: «2. A los efectos de esta ley, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Según el último Informe sobre *La discapacidad en cifras*, realizado por la Secretaría General de Asuntos Sociales (2000), en España eran 752.284 las personas valoradas con un grado de minusvalía superior al 33 por 100.

(24) Vid. en el mismo sentido, PEREÑA VICENTE, *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, cit., pág. 1763.

(25) Cabe recurso en la vía administrativa y, agotada, en la jurisdiccional.

(26) Para que pudiera entrar en vigor para todos sería necesaria la modificación del Real Decreto que regula el procedimiento para dictar la calificación de minusvalía, lo cual es muy deseable por dos motivos:

— Actualizar los baremos a la clasificación CIF del año 2001 de la Organización Mundial de la Salud (los baremos españoles se basan en la CIDDM de 1980 de la misma OMS).

— Mejorar y actualizar las normas que se refieren a la valoración de la discapacidad intelectual.

deja por ello de abrir interrogantes esta *adjetivación administrativa* que de la discapacidad ha pasado a hacer la Ley 41/2003, hasta ahora sometida desde el Derecho Civil y el Derecho procesal civil al régimen de la incapacidad judicial (arts. 199 y sigs. del Código Civil y concordantes de la LEC). Advertimos también que superar meramente unos baremos administrativos para alcanzar el rango de *beneficiario* del *patrimonio protegido*, es dejar la concesión de un derecho-beneficio, con importantes efectos socio-económicos, en manos de quien posee en cada momento la potestad reglamentaria de cambiarlos discrecionalmente.

También debe criticarse, en cuanto al señalamiento del *beneficiario*, el hecho de que la Ley 41/2003 no contemple la posibilidad de constituir un mismo *patrimonio protegido* para dos o más miembros discapacitados de una misma familia, situación que se da en la práctica (dos hermanos o dos nietos con discapacidad). Creemos que esta Ley ha perdido una buena ocasión para aprovechar sinergias legales y económicas en aras de la efectiva asistencia de familiares estrechamente vinculados.

En cambio, sí que entendemos que la Ley 41/2003, aunque guarde silencio sobre este punto, extiende el ámbito de los *beneficiarios* de este *patrimonio protegido* también a las personas discapacitadas que con anterioridad a su entrada en vigor hubieran sido incapacitadas mediante sentencia.

6. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Su constitución puede hacerla directamente, pues no se necesita decisión administrativa o judicial superior, el propio discapacitado que reúna no sólo la consideración de *beneficiario* del mismo (conforme a los baremos fijados en esta Ley), sino que también tenga capacidad de obrar suficiente, y la tiene, salvo incapacidad judicial o prórroga de la patria potestad, la persona mayor de edad o emancipada (o habilitada de edad) (27). Sólo en el caso de tratarse de un discapacitado incapacitado, podrán constituirlo en su beneficio sus padres, tutores o curadores (art. 3.1.b) (28).

Se discute, aún a pesar de otorgarle esta facultad la Ley 41/2003, si el curador puede constituir directamente este *patrimonio* (29) para su curatela-

(27) El artículo 3.1.a) dispone que: «Podrán constituir un patrimonio protegido: a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente».

(28) El artículo 3.1.b) dispone que: «Podrán constituir un patrimonio protegido: b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente».

(29) Vid. en contra, PEREÑA VICENTE, *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, cit., pág. 1767.

do-discapacitado. El artículo 289 del Código Civil señala que: «*La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*». De su tenor literal se desprende que la sentencia fijará en qué actos del curatelado debe *asistirle* el curador, como complemento necesario de su voluntad; entre esos actos el Juez podría autorizarle la constitución de esta clase de *patrimonio*. Pero la Ley 41/2003 (art. 3.1.b) va más allá y reconoce expresamente al curador tal facultad, lo que supone una ampliación *ex lege* de las funciones del curador en caso de incapacitación del curatelado. A mayor abundamiento, con esta previsión legal se introduce otra novedad en nuestro Ordenamiento, como es la atribución al curador de una facultad directa y no asistencial o complementaria de la voluntad de su curatelado, como, por otra parte, le había sido tradicional.

También la Ley permite la constitución del *patrimonio protegido* por el posible «*guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica*» mediante «*los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario*» (art. 3.1.c). El tenor literal de este precepto parecería impedir su constitución al guardador de hecho de un discapacitado físico, lo cual, salvo pensar que es un error u olvido del legislador, sería discriminatorio, porque la guarda de hecho es una institución de protección fáctica del presunto incapaz (arts. 303 y sigs. del Código Civil), que puede serlo no sólo, como da a entender en este punto la Ley 41/2003, por una deficiencia persistente psíquica, sino también por una discapacidad física (art. 200 del Código Civil).

También entraría en clara contradicción con la finalidad principal perseguida por dicha Ley —la asistencia al discapacitado—, el considerar, como refleja el tenor literal del artículo 3.1.c), que la constitución del *patrimonio protegido* por el guardador de hecho no pueda hacerse con otros bienes distintos de los ahí especificados.

La Ley 41/2003 señala como posible constituyente del *patrimonio protegido* a cualquier persona con interés legítimo (en adelante *tercero constituyente*) si reúne la aprobación del discapacitado con capacidad de obrar suficiente. Si el *beneficiario* careciera de ella, el *tercero* para constituirlo deberá previamente obtener el consentimiento de los padres, tutores, o curadores de aquél, con un ofrecimiento para constituirlo de bienes o derechos «suficiente y adecuada» para el fin asistencial que le es propio (art. 3.2) (30).

(30) **Dice** este precepto que «*Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*».

La necesidad exigida por la Ley 41/2003 de que ese *tercero constituyente* presente «un interés legítimo» supone introducir innecesariamente, a nuestro juicio, uno de esos conceptos jurídicos indeterminados, a valorar cuando se presente la solicitud, y se compruebe —tanto por el discapacitado capaz o, en su caso, por los representantes— si esa iniciativa pretende sólo contribuir a mejorar el bienestar asistencial del *beneficiario* (que no olvidemos es el fin perseguido por la Ley 41/2003), o, en cambio, se sospecha o hay evidencia de otros intereses contrarios. Criticamos la introducción de este «interés legítimo», pues el simple *animus donandi* del tercero constituyente que se desprende a título gratuito de bienes o derechos para atender al discapacitado-beneficiario, bastaría para entender que se actúa a favor de su interés, sin otras consideraciones.

Este ofrecimiento del *tercero constituyente* puede ser libremente rechazado por el discapacitado capaz, pues, en principio, nadie mejor que él para decidir su conveniencia (31), y contra esa decisión *ad nutum* no cabría recurso alguno. Pero si aquél fuera incapaz, serán sus representantes (padres, tutores o curadores) quienes autoricen o denieguen por causa justificada la solicitud del *tercero constituyente*, que entendemos no pueden ser otra que no convenir al interés del posible *beneficiario*. En caso de negativa, el *tercero constituyente* puede dirigir su petición al Ministerio Fiscal, quien solicitará del Juez lo que mejor proceda para el fin asistencial del discapacitado. Si la decisión judicial fuera finalmente favorable a la constitución, los representantes del discapacitado quedan excluidos *ope legis* como posibles administradores del patrimonio (art. 3.2, párr. 2.º) (32). Entiendo que generalizar esta sanción puede resultar por partida doble contraria a los intereses del discapacitado, pues, por una parte, hay que pensar que los representantes, al negarse, se han limitado a valorar que su constitución no le convenía al discapacitado, y, por otra, puede resultar peligroso para los intereses del *beneficiario* descartar sin más en la administración del *patrimonio protegido* a personas tan directa y estrechamente vinculadas con el *beneficiario*.

(31) La Ley 41/2003 ha guardado silencio sobre una posible negativa del discapacitado-beneficiario suficientemente capaz respecto de la pretensión de personas con interés legítimo para dotarle de bienes con los que constituir su patrimonio. En este caso creemos que al tener capacidad suficiente para valorar su conveniencia o no, nadie, ni tan siquiera el Juez, podría forzarle a su constitución.

(32) Este precepto dispone que: «En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez, lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido».

Entre los autorizados para constituir el *patrimonio protegido*, aunque esta Ley no lo mencione expresamente, creemos que también el Juez puede ordenarlo en la sentencia de incapacitación y sobre los bienes preexistentes en el patrimonio del que va a ser incapacitado o que le aportan o aporten terceras personas. El artículo 760 LEC declara, en la dirección que defendemos, que la resolución judicial determinará el alcance y la extensión de la incapacitación, y de ahí que entendamos incluida la posibilidad de tal constitución, bien porque durante el proceso se lo pidiera el Ministerio Fiscal, o el discapacitado que va a ser incapacitado, o sus representantes legales o guardador de hecho, o esos terceros con interés legítimo, o bien porque el Juez de oficio lo considere necesario. Al tratarse de un *patrimonio protegido* especialmente desde el punto de vista fiscal, no hay que descartar que el Juez decida, por el bien del incapacitado, su constitución con todos o parte de los bienes y derechos del incapacitado, que basten para la atención básica de sus necesidades, que no olvidemos es el fin que persigue la Ley 41/2003. Incluso, entendemos que la constitución del *patrimonio protegido* podía ser una de esas medidas cautelares que el artículo 762, párrafo 1.º LEC, concede ampliamente al tribunal competente sobre la persona y bienes del presunto incapaz.

Toda aportación inicial de bienes que se haga para la constitución del *patrimonio protegido*, y con independencia de quien la realice (incluso por el discapacitado *beneficiario* que constituye su patrimonio) debe ser hecha a título meramente gratuito, como deja claro esta Ley y su Exposición de Motivos (33), con lo cual las aportaciones que se hagan quedan sujetas al régimen previsto por nuestro Código Civil para el contrato de donación, pero sin admitir donaciones modales o condicionales, que, de hacerse, gravarían un patrimonio especialmente protegido por esta Ley en aras de los intereses del discapacitado, pero en ningún caso para especular con él. Sin embargo, consideramos que no le sería aplicable a esas disposiciones a título gratuito, aportadas originaria o posteriormente al *patrimonio protegido*, el régimen previsto en nuestro Código Civil para la revocación o reducción de donaciones por inoficiosas (arts. 644 y sigs.).

Llama también la atención que el legislador no haya previsto una cuantía máxima o mínima para la aportación inicial de bienes o derechos que tuviera en cuenta las circunstancias personales del discapacitado y sus necesidades de atención (34). Sin considerar desacertada dicha omisión, sí que creemos que

(33) El artículo 1.1 señala que: «El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio protegido de las personas con discapacidad (...)». En idéntico sentido, la Exposición de Motivos (II) reitera que la Ley favorece «la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos de la misma».

(34) Como si, en cambio, hace la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de *fundaciones*, al exigir que la dotación para la constitución de una fundación se haga con bienes y

hubiera sido más correcto el cerrar la redacción final de su artículo 3.1, señalando no sólo, como hace, que las personas que pasa a relacionar «*podrán constituir un patrimonio protegido*», sino el haber incluido que la aportación originaria de bienes debería ser *suficiente para los fines asistenciales del discapacitado*.

La Ley 41/2003 sí que, en cambio, contempla previsibles aportaciones posteriores a un *patrimonio protegido* ya constituido. Tras afirmar que «*las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior*» (art. 4.1), permite que cualquier persona, también con *interés legítimo*, pueda realizarla pero siempre «*a título gratuito*» y sin someterla «*a término*», ni tampoco, por ese carácter gratuito que le es de esencia a las aportaciones al *patrimonio protegido*, imponerle condición o modo, que no sea la previsión legal de que los «*aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables*» (art. 4.3).

La aportación posterior al *patrimonio protegido* debe ser admitida por el beneficiario con *capacidad de obrar suficiente* que lo ha constituido, aunque la Ley se refiera erróneamente a que para su validez bastaría con el consentimiento de «*la persona con discapacidad*» (art. 4.2, párr. 1.º), pues ya hemos apuntado que para constituir su propio *patrimonio protegido*, el discapacitado requiere especial y necesariamente una *capacidad de obrar suficiente* (art. 3.1.a).

Si el *patrimonio* fue constituido en su día por los representantes del discapacitado incapaz (padres, tutores o curadores), y éstos se niegan injustificadamente a la aportación posterior que ofrezca una tercera persona, siempre cabe, como en el supuesto ya analizado de su constitución original, que el Juez levante esta negativa en interés del discapacitado (art. 4.2, párr. 2.º).

Sin embargo entendemos, aunque el tenor literal de la Ley 41/2003 dé a entender lo contrario (art. 4.2, párr. 2.º) (35), que no habría necesidad de reunir el consentimiento de los representantes del discapacitado para una aportación posterior hecha al *patrimonio protegido* por el propio *tercero*

derechos de cualquier clase «*adecuado y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros*».

(35) Este precepto señala que: «*En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento (para la aportación posterior), la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad*».

constituyente que en su día logró constituirlo, pues ya se le requirió su asentimiento cuando se iba a constituir (art. 3.2).

Las aportaciones iniciales o posteriores pueden realizarse mediante toda clase de bienes y derechos, no personalísimos o transmisibles, pero en caso de constituir directamente el *patrimonio protegido*, el propio discapacitado podría aportar en su beneficio derechos personalísimos como los que se derivan de una creación intelectual o, en principio, intransmisibles como un derecho de uso o habitación (art. 525 del Código Civil). En el caso de aportación inicial de bienes y derechos por parte del *beneficiario* constituyente directo de este *patrimonio*, hay que advertir que la aportación puede ser de la totalidad o sólo parte de los bienes y derechos que comprenden su patrimonio global. Lo que en este último caso forzaría la coexistencia en la esfera del beneficiario de dos patrimonios: el *protegido* y el que no tiene esa consideración, y, consiguientemente, el mismo tratamiento legal.

Pensamos también que no hubiera estado de más el haber previsto en esta Ley, las formalidades que deben rellenar los consentimientos necesarios, no sólo para la constitución inicial del patrimonio, sino también para las aportaciones posteriores que vayan incrementándolo, y, especialmente, regular en qué casos y ante quién pudiera recurrirse la constitución no ajustada a Derecho de un *patrimonio protegido*.

En cuanto a la exigencia de un requisito formal, sí que la Ley 41/2003 ha establecido que el patrimonio inicial y sus aportaciones siguientes se constituyan por medio de Escritura Pública, acudiendo al Notario que asesorará sobre las reglas de administración más convenientes, según las necesidades de la persona con discapacidad y los bienes aportados, o también por medio de resolución judicial en el caso ya analizado de una negativa de los padres o representantes a la constitución del mismo o aportaciones posteriores por un tercero con interés legítimo (art. 3.3. párr. 1.º) (36). Aunque este precepto sólo se refiere a la necesidad de forma solemne para la fase de constitución *ab initio* del patrimonio, téngase en cuenta que el artículo 4.1 de la Ley 41/2003 extiende a las aportaciones de bienes y derechos posteriores «*las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución*».

Señalar, en este punto, que el Notario comprobará que el *beneficiario* constituyente directo de su propio *patrimonio protegido* o, en su caso, las personas autorizadas para dotarle del mismo, acrediten y aporten el certificado oficial de discapacidad de aquél. Si se acude a la resolución judicial será delante del Juez ante quien haya que certificar la obtención de ese grado de minusvalía física o psíquica.

(36) Reiteramos, en este punto, nuestra opinión de que también puede ser constituido judicialmente en la sentencia de incapacitación y en las medidas cautelares sobre la persona y acerca del patrimonio del presunto incapaz.

Necesariamente la escritura pública o la decisión judicial de constitución del *patrimonio protegido* contendrá los siguientes aspectos (art. 3.3):

- a) El inventario de los bienes y derechos que constituyan el patrimonio inicial protegido.
- b) Las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, con la inclusión de los procedimientos de designación de los administradores o fiscalizadores del *patrimonio protegido* (37), lo que releva de que en ese momento esté ya designado el administrador.
- c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.
- d) También entendemos que, a pesar del silencio de la Ley 41/2003 sobre este punto y conforme a lo establecido en el artículo 633 del Código Civil, deberá constar en este acto la aceptación del discapacitado o de su representante legal en el caso de aportación de bien inmueble.

Como toda aportación (que no deja de ser una donación pura), ya sea inicial o posterior, ya sea de bien mueble, inmueble o derecho, debe elevarse a escritura pública, según su artículo 3.3, esta previsión supone introducir en nuestro Ordenamiento un supuesto más de forma *ad solemnitatem* añadido al comentado de la donación de bien inmueble del artículo 633 del Código Civil, como es la donación (aportación inicial o posterior) al *patrimonio protegido*.

Finalmente, y acerca de la clase de bienes o derechos o equivalentes que pueden configurar una aportación inicial o posterior a este *patrimonio protegido*, recogemos en este punto los consejos que CERMI (*Comité Español de Representantes de Minusválidos*) y la Fundación *Aequitas* (38) ofrecen en cuanto a las distintas estrategias —que pueden acumularse— en la constitución del *patrimonio protegido*. Así:

- a) Patrimonio de gasto, para proporcionar a los discapacitados el numerario suficiente, y constante, de rentas disponibles para atender sus necesidades normales, como si fuera una pensión alimenticia y así le asegure un determinado nivel y modo de vida, dinero, bienes de consumo, la asistencia personal o cuidados de terceros títulos valores, uso de muebles e inmuebles, derechos de arrendamiento. El desembolso económico resulta el más idóneo para dotar al discapacitado rentas para gastar y, en su caso, posibilitar su ahorro por medio de

(37) Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5.

(38) Documento *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Su régimen fiscal*, 6 de abril de 2004.

- seguros de vida, renta vitalicia, contratación de planes de pensiones o figuras asimiladas, y
- b) Patrimonio de ahorro, para dotarle de la titularidad —uso y disfrute— de un patrimonio perdurable que le ofrezca autosuficiencia económica (dominio, derechos reales de goce y disfrute sobre bienes normalmente inmuebles o grandes cantidades de capital en dinero). El dotarle con vivienda le asegura al discapacitado un domicilio o, en su caso, obtener frutos civiles con su puesta en alquiler.

7. SU ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN

La Ley 41/2003 ha previsto un régimen distinto de administración y de gestión del *patrimonio protegido*, según éste haya sido constituido por el propio *beneficiario*, por sus padres o representantes, o por un tercero con interés legítimo (*tercero constituyente*).

Si lo creó el propio *beneficiario*, se administrará y se gestionará por las reglas que consten en el título constitutivo recogido en el documento público (art. 5.1) (39). En él se habrá establecido que el administrador sea el propio beneficiario, o bien que éste confíe el cargo a terceras personas o a instituciones sin ánimo de lucro especializadas en la gestión de este tipo de patrimonios.

Si se constituyó por una de esas personas distintas del *beneficiario* (padres, tutores, curadores, guardador de hecho o *tercero constituyente*), la Ley 41/2003 (art. 5.2) obliga a que las reglas de administración recogidas en el título constitutivo prevean expresamente que el administrador designado (que puede ser cualquiera de ellos, una tercera persona o una de esas instituciones especializadas), necesite de la autorización judicial en los mismos casos que la requiere el tutor respecto de actos relacionados con los bienes del tutelado (que no son otros que los expresamente recogidos en los arts. 271 y 272 del Código Civil) (40). No obstante, se permite que el Juez, a instancia del

(39) «Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución».

(40) El administrador, tras la remisión que el legislador hace a nuestro Código, necesitaría autorización para disponer a título gratuito de bienes o derechos que se integran en el patrimonio; enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios; celebración de contratos o actos que tengan carácter dispositivo y que sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones; renuncia sobre derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el *patrimonio protegido* estuviese interesado; gastos extraordinarios en los bienes que lo integran; demandar en nombre del beneficiario, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; en la cesión de bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años; o para dar y tomar dinero a préstamo.

Ministerio Fiscal y siempre éste requerido por el constituyente del patrimonio o por quien sea su administrador, pueda flexibilizar en cualquier momento —bien al constituirlo o bien posteriormente— «*la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza*» (art. 5.3).

Debe subrayarse que, tras permitir la Ley 41/2003 que el curador constituya el *patrimonio protegido*, e incluso para nombrarse administrador del mismo, la remisión que genéricamente esta normativa hace a los artículos 271 y 272 del Código Civil para que todo administrador del patrimonio no constituido por el propio discapacitado-*beneficiario* (entre los que puede estar el curador) reúna la autorización judicial para los actos allí relacionados, supone indirectamente introducir otra reforma más a la institución de la curatela en nuestro Derecho, hasta ese momento sólo destinada al complemento o asistencia del curatelado en aquellos actos que exclusivamente le señale la sentencia incapacitadora.

La necesidad de reunir esa autorización judicial para la validez de ciertos actos a celebrar por el administrador, en cambio la excluye expresamente la Ley 41/2003 (art. 5.2, párr. 2º) para el caso de que «*el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente*». Esta excepción hace que, a nuestro juicio, esa autorización no sea necesaria sólo en el caso de que el *beneficiario-discapacitado* sea a la misma vez administrador de su *patrimonio protegido*, sino también en el supuesto de haber designado el beneficiario para ese cargo a una tercera persona física o jurídica. Creemos, en este sentido, que si el discapacitado reúne la capacidad de obrar suficiente para constituir su patrimonio, también la tiene para decidir autónomamente lo que le conviene sobre la administración y gestión del mismo.

En caso de realizarse el acto o negocio, cuando la requiera, sin autorización judicial, entendemos que el acto será nulo de pleno derecho al encajarse dentro del mandato del artículo 6.3 del Código Civil cuando establece que «*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*».

También debe ser aplicado a la gestión del administrador de un *patrimonio protegido* constituido por persona distinta del *beneficiario*, la rescisión de aquellos contratos que pueden celebrar sin necesidad de autorización judicial, «*siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos*», como recoge el artículo 1291.1 del Código Civil.

La Ley 41/2003 hace un especial reconocimiento del administrador de un *patrimonio protegido* constituido por persona distinta del *beneficiario*, pues

le otorga la condición de representante legal del discapacitado para todos los efectos relativos a los bienes y derechos integrados en el *patrimonio protegido*, y advierte que «no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia» (art. 5.7).

Aunque en un primer momento del tenor literal del artículo 5.7 («El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste...»), pudiera desprenderse que también tendría la consideración de representante legal, el administrador nombrado por el beneficiario constituyente de su propio patrimonio, esta interpretación debemos rechazarla porque nadie puede arrogarse la representación legal de quien no está incapacitado, crea además su patrimonio, y decide no administrarlo directamente, sino a través de un tercero o terceros, quien, por otra parte, no deja de ser un representante directo o indirecto suyo.

También la Ley 41/2003 prohíbe expresamente ocupar el cargo de administrador del *patrimonio protegido*, con independencia de quien lo haya constituido, a «las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables» (art. 5.7), lo que es una remisión directa a lo que señalan los artículos 243 a 245 de nuestro Código Civil acerca de quienes no pueden ocupar el cargo de tutor.

Si la administración se hubiera encomendado a los padres del *beneficiario* que ejerzan la patria potestad por tratarse de un menor de edad no emancipado o siendo ya mayor por haberse prorrogado la misma, el ejercicio del cargo de administrador estará sujeto a la normativa propia de ésta (arts. 154 y sigs. del Código Civil) (41).

También las normas de la tutela o curatela se aplicará a los tutores o curadores que tengan encomendada la administración del *patrimonio protegido* de su tutelado-curatelado-*beneficiario* del mismo, y, por extensión, al administrador que es su guardador de hecho. En general, sobre la administración y la gestión de ese *patrimonio*, y ante el silencio que ofrece la Ley 41/2003, creemos que le serían aplicables las siguientes reglas de nuestro Código Civil en sede de tutela, y especialmente las que dedica al tutor que se encarga, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, sólo de sus bienes (arts. 235 y concordantes del Código Civil). Así:

- La actuación del administrador se ejercerá siempre en beneficio del discapacitado (art. 216 del Código Civil).

(41) Respecto de la administración de los padres hubiera sido correcta una remisión específica al artículo 166 del Código Civil.

- El administrador que, en el ejercicio de su función, sufra daños y perjuicios, tendrá derecho a una indemnización con cargo a los bienes del tutelado, de no obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220 del Código Civil).
- Se prohíbe que el administrador reciba liberalidades del beneficiario discapacitado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión; también le está vetado el representar al discapacitado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; así como queda impedido para adquirir a título oneroso bienes del discapacitado o transmitirle bienes por igual título (art. 221 del Código Civil).
- Si no hubiera administrador designado o, habiéndolo, no acepta el cargo, pueden ser llamados a la administración, y por el orden que establece, las personas designadas en el artículo 234 del Código Civil (42). Especialmente, esta disposición sería aplicable en el caso de que el Juez ordenara la constitución del patrimonio en medidas cautelares sobre el patrimonio del discapacitado presunto incapaz o en la sentencia de incapacitación, aunque siempre le cabe designar a quien por sus relaciones con el discapacitado, y en beneficio de éste, considere más idóneo.
- En cuanto a la retribución a percibir por el administrador del *patrimonio*, si no se hubiera fijado en las reglas de administración o si no hubiera renuncia expresa de aquél para cobrarla, se aplicará el artículo 274 del Código Civil cuando dispone que *«El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes»*.
- También extinguido el *patrimonio protegido*, o en caso de cese o renuncia en el cargo de administrador, y ante el silencio que la Ley 41/2003 guarda sobre las reglas de su administración, entendemos que podrá exigirse al administrador saliente la rendición de cuentas a que se refiere el artículo 279 del Código Civil cuando señala que *«al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogable por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa»*.

(42) También vid., en este punto, los artículos 223 a 225 del Código Civil.

La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo». El contenido de los artículos 280 a 285 del Código Civil también le sería exigible (43).

Esta serie de disposiciones de nuestro Código serían aplicables, no sólo a los tutores-curadores-guardador de hecho que administren el *patrimonio protegido* del discapacitado incapacitado o presuntamente incapacitado, sino especialmente en el caso de constituirse por decisión judicial.

En otro orden de cosas, el artículo 8.1 de la Ley 41/2003 dispone que el nombramiento de administrador que tiene la condición de representación legal del discapacitado en cuanto los actos de administración de los bienes y derechos que integran el *patrimonio protegido* (art. 5.7) (44), se haga constar en el Registro Civil. Con esta previsión legal, allí debería inscribirse todo administrador del mismo salvo, por los argumentos ya apuntados, la administración que se encarga del *patrimonio* constituido por el propio beneficiario.

Puede ocurrir también que no se hubiera previsto el nombramiento de administrador en la constitución del *patrimonio* por el propio beneficiario o persona diferente (padres, tutores, curadores, guardadores o terceras personas), o que previsto no hubiera ocupado aún el cargo o hubiera renunciado o fuera removido. Para estos supuestos, la Ley 41/2003 reserva la superior decisión al Juez competente para que provea las medidas que, en orden a su nombramiento, estime oportunas, siempre a solicitud del Ministerio Fiscal (art. 5.6).

Debe reseñarse en este punto, la posible coexistencia de varios administradores sobre el patrimonio general del discapacitado incapacitado. Así, por una parte, estaría el tutor que por ministerio de la ley tiene encomendada

(43) Artículo 280: «Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, el Juez oirá al nuevo tutor o, en su caso, al curador o al defensor judicial, a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos».

Artículo 281: «Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del que estuvo sujeto a tutela».

Artículo 282: «El saldo de la cuenta general devengará interés legal a favor o en contra del tutor».

Artículo 283: «Si el saldo es a favor del tutor, devengará interés legal desde que el que estuvo sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes».

Artículo 284: «Si es en contra del tutor, devengará interés legal desde la aprobación de la cuenta».

Artículo 285: «La aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o sus causahabientes por razón de la tutela».

(44) Recordemos que, como ya hemos apuntado, no lo tendría en el caso de administración del patrimonio protegido constituido por el discapacitado con capacidad de obrar suficiente.

la administración de su patrimonio; por otra, el administrador nombrado para gestionar específicamente el posible *patrimonio protegido*; pero también, si se hubieran deslindado —como prevé el art. 236 del Código Civil— las funciones de tutor del patrimonio y tutor de la persona del tutelado, se nombraría un tutor para gestionar el patrimonio del incapacitado; y, a mayor abundamiento, cabe también que en la práctica se nombrara un cuarto administrador patrimonial, como sería aquél que tiene encargado, por la persona que realiza la atribución, el gestionar aquella serie de bienes puesta a título gratuito a favor del tutelado, cuando la aportación se haya querido hacer al margen de la figura del *patrimonio protegido*, y sí, en cambio, por la vía permitida en el artículo 227 del Código Civil (45).

En cuanto al modo de gestionarse el *patrimonio protegido*, éste queda encomendado a la actuación del administrador, y a la superior decisión del órgano supervisor que se ha previsto en la Ley 41/2003, pero tanto una como otra quedan sujetas al mandato legal de que «*todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido*» (art. 5.4) (46). Este destino legal de los bienes, que no afección, podría dar lugar a la impugnación del acto o negocio jurídico que no responda al mismo, bien por el propio discapacitado-beneficiario constituyente del patrimonio cuando su administrador lo celebre o realice, o bien, por las terceras personas autorizadas por la Ley 41/2003 para constituirlo, cuando lo lleve a cabo el administrador nombrado, y siempre cabe que, finalmente, el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, revoque el acto de administración del *patrimonio* contrario a ese destino realizado y celebrado por el propio discapacitado-beneficiario del mismo que obre como administrador (art. 7.1) (47).

A efectos del régimen de administración y de gestión de este patrimonio, sí debe tenerse en cuenta la limitación que, sobre la disposición de los bienes aportados, hace la Ley 41/2003, al obligar la permanencia en el *patrimonio*

(45) Este precepto dispone que: «*El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos. Y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor*».

(46) Se recoge también que no será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el *patrimonio*, y no le será, por tanto, de aplicación el título XI del Libro III de la LEC (art. 5.2, párr. 3.º).

(47) Pues este precepto autoriza al Ministerio Fiscal a instar siempre del Juez «lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza. El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona».

protegido del discapacitado de los bienes aportados, iniciales o posteriores, al menos cuatro años más al de la aportación realizada. Si se dispusiera de los mismos, se penaliza con la devolución de los beneficios fiscales previstos en esta Ley, más los intereses de demora (art. 15.4) (48).

También cabe indicar, por el principio de subrogación real, que los bienes y derechos que salgan del patrimonio como consecuencia de su administración y gestión serán sustituidos por los que se ingresen en régimen de contrapartida.

Finalmente, y por su relevancia, debe destacarse el hecho de que el legislador no haya excluido expresamente el *patrimonio protegido* del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor discapacitado-*beneficiario* del mismo (art. 1.911 del Código Civil). Entendemos que para los fines de asistencia integral del discapacitado perseguidos por la Ley 41/2003, hubiera sido conveniente blindar los bienes y derechos integrantes del *patrimonio protegido*, de tal suerte que no tuvieran que responder por obligaciones nacidas de relaciones jurídicas ajenas a lo que es el patrimonio, con el fin de que este patrimonio no pudiera servir, por ejemplo, para asegurar hipotecas o para cualquier negocio jurídico ajeno a lo que son los objetivos de esta clase de patrimonio (49).

(48) A los efectos que nos interesan, su Exposición de Motivos (IX) resume con claridad que pretende el legislador penalizando fiscalmente la salida de los bienes del patrimonio protegido dentro de ese periodo: «Por otro lado, la ley se ocupa de las consecuencias fiscales derivadas de la realización de actos de disposición de los bienes o derechos integrantes del patrimonio protegido cuando tales actos de disposición se realicen en el plazo comprendido entre el período impositivo de la aportación y los cuatro siguientes, distinguiendo en función de la naturaleza jurídica del aportante. De este modo, si quien realizó las aportaciones al patrimonio protegido del discapacitado fue un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dicho contribuyente vendrá obligado a integrar en la base imponible del período impositivo en que se produzca el acto de disposición, las cantidades reducidas en la base imponible correspondientes a las disposiciones realizadas más los intereses de demora que procedan. Si las aportaciones al patrimonio protegido fueron realizadas por un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, éste habrá de ingresar en el período impositivo en que se produce la disposición, la cantidad deducida en la cuota en el período impositivo en que se realizó la aportación. En ambos casos, el titular del patrimonio habrá de integrar en su base imponible correspondiente al período impositivo en que se produce la disposición, la cantidad que hubiera dejado de integrar en el período impositivo en que recibió la aportación. Esta obligación se traslada al trabajador cuando la aportación la hubiera realizado un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades al patrimonio protegido de un pariente de aquél».

(49) Sobre este punto, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ (*ob. cit.*, pág. 46), quien se refiere a una enmienda presentada por el PSOE al proyecto que originó la Ley 41/2003, en la que se decía que «los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado». También este autor analiza varias fórmulas para que el patrimonio protegido quede a salvaguarda de la aplicación del principio del artículo 1.911 del Código Civil, especialmente en el caso de concurso del incapacitado (págs. 49 y sigs.).

8. LA EXTINCIÓN DE ESTE PATRIMONIO SINGULAR

La Ley 41/2003 ha pasado a fijar una serie de causas de extinción del *patrimonio protegido*, y a establecer a continuación el destino que, en ese caso, habría que dar a los bienes y derechos que lo integraban. Como supuestos de extinción, y consiguiente destino del patrimonio residual se han determinado los siguientes (art. 6):

1.º Muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario. En ambos supuestos, el *patrimonio protegido* pasaría, en principio, a integrar la herencia del discapacitado (arts. 6.1 y 2).

2.º Dejar el *beneficiario* de padecer una minusvalía en los grados establecidos por el artículo 2.2 de la Ley, en cuyo caso los bienes o derechos que lo integraban pasarían a formar parte de su patrimonio general, pues dispone que, en ese supuesto, el discapacitado «*seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de Derecho Civil, Foral o Especial, que, en su caso, fueran aplicables*» (art. 6.2).

3.º Por decisión judicial a instancias del Ministerio Fiscal, cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad, en cuyo caso los bienes o derechos residuales pasan a engrosar su patrimonio (art. 7.1) (50).

La Ley 41/2003 no ha previsto, en cambio, como causa de extinción del *patrimonio protegido* constituido en su día directamente por el discapacitado que era capaz cuando lo creó, que se proceda ahora a su incapacitación judicial. Ante este silencio legislativo, entendemos que el Juez competente será quien decida al respecto, pero tomando en cuenta la posibilidad de que el discapacitado en el título de la constitución del patrimonio haya previsto esta posibilidad y hubiera dado instrucciones al respecto. Desde el mismo momento de iniciarse el procedimiento, el Juez podrá decretar el mantenimiento del patrimonio constituido en su día con nuevas normas de administración, o incluso con las mismas si el administrador fuera persona distinta del ahora incapacitado. Creemos que en todo caso el nuevo administrador, que puede tratarse o no del tutor o curador nombrado para la representación del incapacitado, debe siempre reunir la autorización ju-

(50) El artículo 7.1 dispone que: «*La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez, lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza*».

dicial para los casos señalados por los artículos 271 y 272 del Código Civil (art. 5.2 de la Ley 41/2003).

Ese destino final de los bienes o derechos que integraban el *patrimonio* puede sufrir alteración si, como advierte el artículo 6.3 (51), el aportante inicial o posterior de los mismos hubiera previsto uno distinto para el caso de extinción, pues la Ley 41/2003 permite que «*al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido*», y siempre que esos bienes o derechos no se hayan consumido en interés del *beneficiario* (art. 4.3). Por ejemplo, un tío del discapacitado podrá aportar un piso al *patrimonio protegido*, haciendo constar que cuando fallezca su sobrino el piso volverá a su patrimonio o al de sus herederos.

Si «*no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes*», la Ley 41/2003 ordena que se les dé otra, «*lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones*» (art. 6.3, párr. 2.º). Estimamos que este destino alternativo queda en manos del Juez competente, oído siempre el Ministerio Fiscal, como puede ser el atribuirlos a instituciones protectoras de discapacitados.

Depárese, por último, que no se ha fijado como causa de extinción del *patrimonio protegido* una posible insolvencia del mismo (52).

9. CONTROL Y SUPERVISIÓN

Al tratarse de un patrimonio protegido y favorecido fiscalmente, la Ley 41/2003 establece el control y supervisión de su administración por el Ministerio Fiscal, a quien el administrador deberá rendir cuentas de su gestión, incluso aún cuando este cargo lo ocupe el *beneficiario* discapacitado que lo constituyó en su día.

En aras de la eficacia de este control, el Ministerio Fiscal, de oficio o a solicitud de cualquier persona, supervisará especialmente que la administración del *patrimonio protegido* sea conforme a las reglas específicamente

(51) Este precepto señala que el destino legal de los bienes y derechos fijado en el artículo 6.2 se entiende «*sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta ley*».

(52) Sobre este punto, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ (*ob. cit.*, pág. 46), quien se refiere a una enmienda presentada por el PSOE al proyecto que originó la Ley 41/2003, en la que se incluía como causa de extinción: «*situaciones de insolvencia que hayan dado lugar a un procedimiento concursal y a apertura de la fase de liquidación*».

previstas por el constituyente del patrimonio. Para ello se servirá de dos controles (art. 7):

- a) Una supervisión permanente y general de la administración del *patrimonio protegido*, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle, quien rendirá cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste, y en todo caso anualmente, mediante «la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen» o la documentación adicional, y cuantas aclaraciones que sobre su gestión le solicite el Fiscal. Quedan relevados de esta obligación tanto el *beneficiario* constituyente como sus padres cuando, indistintamente, ocupen el cargo de administrador. Aunque en el caso de los padres, pensamos que, respecto de su gestión del patrimonio protegido del menor discapacitado-*beneficiario*, no quedan relevados del mandato del artículo 168 del Código Civil acerca de la obligación de, acabada la patria potestad o la patria potestad prorrogada, rendir cuentas, y a solicitud del hijo, de la administración que han hecho de sus bienes, entre los que figura, especialmente, su *patrimonio protegido*.
- b) Una supervisión especial cuando las circunstancias concurrentes lo hicieran preciso, pudiendo solicitar del Juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad.
- c) Siendo oído en todas las actuaciones judiciales —aunque no sean instadas por él de oficio— que afecten al *patrimonio protegido*.

En apoyo de esta labor inspectora que tiene encomendada el Ministerio Fiscal, la Ley 41/2003 crea la *Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y en la que participan, dada la importancia y la especialización que sus funciones requieren, representantes de las asociaciones más señaladas de los diferentes tipos de discapacidad (art. 7.3).

Mediante el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, *por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, se ha perfilado la misma, pero llama la atención la no previsión de intervención del Ministerio Fiscal ni del Consejo General del Notariado, lo que resulta extraño, dado que representan a los funcionarios encargados de velar por la protección de la persona con discapacidad, tanto en la constitución, modificación y extinción de cada patrimonio protegido (53).

(53) Resulta de interés recoger en este punto las funciones que para esa Comisión ha previsto el citado Real Decreto. Así: a) El auxilio, apoyo y asesoramiento al Ministerio

Se nos antoja excesivo e intervencionista este control tanto por el Ministerio Fiscal como por la citada Comisión, especialmente en el caso de que el discapacitado tenga capacidad de obrar suficiente, pues, a no ser por la vigilancia de los beneficios fiscales, debería regir el máximo respeto posible a su autonomía de la voluntad.

10, PUBLICIDAD Y BENEFICIOS FISCALES. CONCLUSIÓN

La Ley 41/2003 (art. 8) ha previsto una medida de publicidad registral que consideramos acertada al exigir que los bienes registrables que se integren en un *patrimonio protegido* se hagan constar en el registro correspondiente (Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, etc.) (54).

En el caso de tratarse de «participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad» (art. 8.2, párr. 2º).

El nuevo titular de un bien o derecho que anteriormente estuviera integrado en un *patrimonio protegido*, podrá —según dispone el art. 8.3— solicitar la cancelación de esas menciones. Entendemos que hubiera sido aconsejable

Fiscal en el ejercicio de las funciones de supervisión encomendadas a éste en relación con la administración del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad, reguladas en el artículo 7 de la Ley 41/2003; b) El apoyo al Ministerio Fiscal en cualquier actuación judicial relativa al *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad; c) El asesoramiento al Ministerio Fiscal en el examen de la rendición de cuentas de gestión del administrador del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad, de la relación de gestión y del inventario de los bienes y derechos que formen parte del reiterado patrimonio; d) La colaboración con el Ministerio Fiscal para el requerimiento de documentación adicional que se estime pertinente al administrador del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad; e) La emisión de informe en cuantos asuntos con relación a la administración del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad le sean requeridos por el Ministerio Fiscal; f) Auxiliar al Ministerio Fiscal en sus funciones recabando el asesoramiento de carácter técnico en los asuntos que estime necesario a entidades públicas o privadas; g) Elaborar una memoria anual sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que será elevada, para conocimiento, al Consejo Nacional de la Discapacidad; h) Proponer al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos prácticos sobre la legislación patrimonial de las personas con discapacidad que contribuyan a guiar y a orientar a sus eventuales beneficiarios; i) Podrá ser consultada sobre cualquier iniciativa normativa que tenga incidencia en el ámbito de la protección patrimonial de las personas con discapacidad; j) Efectuar estudios e investigaciones que redunden en la mejora de los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de dichas personas, así como proponer las actuaciones necesarias para la promoción y ordenación de aquéllos y elevar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales las propuestas que consideren convenientes.

(54) Así el dominio de un bien inmueble o de un derecho real que pese sobre el mismo se registrará en el Registro de la Propiedad.

prever la obligatoriedad de la cancelación del respectivo asiento registral, también en el caso de extinción del *patrimonio protegido*, especialmente cuando el bien no sale del patrimonio general del beneficiario.

Finalmente, ni la Ley 41/2003 ni la regulación que por el Real Decreto 177/2004 se ha hecho de la llamada *Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, han previsto que se lleve un *Registro especial de patrimonios protegidos*, lo que, por otra parte, hubiera coadyuvado necesariamente a la seguridad y publicidad de este patrimonio singular con indudables efectos frente a terceros (55).

En cuanto a los efectos fiscales del *patrimonio protegido*, materia que exceda del enfoque meramente civilista de este trabajo, debe simplemente reseñarse, por su implicación indudable en el propio patrimonio, que la Ley 41/2003 ha tenido muy en cuenta la consideración de carga pública irrenunciable de la asistencia del discapacitado y ha diseñado un tratamiento fiscal muy favorable para el mismo. En dicha línea, la Ley prevé una serie de medidas para favorecer fiscalmente tanto al discapacitado titular del *patrimonio protegido* como las aportaciones iniciales o posteriores que terceros hagan a título gratuito a los patrimonios protegidos (56).

Así, en la fiscalidad del *patrimonio protegido* no hay retención alguna ni ingreso a cuenta, y se aplica el Impuesto de Donaciones en la parte que exceda de las exenciones. En cuanto a los límites a los beneficios fiscales, se ha previsto tanto un límite individual por cada aportante de 8.000 euros anuales (57), y un límite para el conjunto de aportantes al establecer que las reducciones practicadas por el conjunto de aportantes relativos a un mismo *patrimonio protegido*, no podrá exceder de 24.250 euros anuales. Si resultaran excesos, éstos podrán aplicarse a los cuatro ejercicios siguientes. De este tratamiento fiscal favorable para discapacitados y aportantes resulta que sólo habrá tributación si se aportan a esta clase de patrimonios bienes de considerable valor, sumas importantes de dinero o si la persona con discapacidad presenta ingresos considerables.

Estos beneficios fiscales podrán ampliarse por las Comunidades Autónomas sobre aquellos impuestos en los que tienen competencia, como son los impuestos sobre sucesiones y donaciones y sobre el patrimonio.

(55) Sí que en el Anteproyecto, la Comisión tenía encargada por el Anteproyecto de Ley llevar el *Registro de Patrimonios Protegidos*, pero finalmente la Ley no consideró oportuno su creación.

(56) Un estudio específico sobre estos aspectos fiscales que presenta la Ley 41/2003 puede verse en RODRÍGUEZ MIGUEZ, M. J.-RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., *ob. cit.*, págs. 1 y sigs.. \ LUCINI NICAS, J. A., *ob. cit.*, págs. 1621 y sigs.

(57) Para el beneficiario de estas aportaciones tendrán consideración de rendimiento de trabajo en la misma medida en la que dan derecho a deducción, es decir, hasta un máximo de 8.000 euros anuales. No obstante, se declara exenta una cantidad equivalente al doble del salario mínimo interprofesional. Además, este rendimiento de trabajo no estará sujeto a retención.

Como conclusión o cierre de nuestra aportación, debemos valorar muy positivamente, por tratarse de una medida legislativa oportuna y necesaria y a pesar de los errores o lagunas que presenta, el diseño por esta Ley 41/2003 de un *patrimonio protegido* para el discapacitado, pues garantiza a su *beneficiario* la disposición de medios económicos para su asistencia y sustento.

Este juicio positivo no impide advertir a las autoridades e instituciones con competencia en la obligación pública prioritaria de asistir al discapacitado, el hecho de que este colectivo de los discapacitados reúne muchas personas afectadas que ni presentan patrimonio, ni, lo que es peor, capacidad o expectativas para constituirlo en un futuro (58). De ahí que haya que esperar con inusitado interés, aparte del desarrollo reglamentario de la Ley 41/2003, el comprobar cómo se articula lo que se anuncia como uno de los grandes objetivos legislativos para el presente curso político: la creación de un *Sistema Nacional de Atención a Personas Dependientes*, y, muy especialmente, en qué medida su regulación complementará o colisionará con la legislación que ha sido objeto de nuestro estudio (59).

Como cierre, y de *lege ferenda*, coincidimos con la opinión que sustenta una urgente creación de juzgados especializados en incapacitaciones, que lograrían velar junto a Notarios y Ministerio Fiscal, no sólo por el ajuste a la legalidad de la constitución, modificación y extinción del *patrimonio protegido* del discapacitado, sino también aprovechar esta reforma en el sistema judicial para lograr la humanización del procedimiento de incapacitación, con la gratuidad total del procedimiento y descargar a la familia de la responsabilidad de su denuncia al hacerla recaer en profesionales (60).

JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

(58) Vid. *Informe 4/2003 sobre el Anteproyecto de Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad* (aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 26 de marzo de 2003).

(59) Se pretende configurar la dependencia como un derecho universal de todos los ciudadanos a ser atendidos en situaciones de discapacidad. Este derecho se protegería con independencia de los recursos de la persona dependiente o de su familia y originaría una pluralidad de prestaciones económicas y asistenciales. La ley fijaría al respecto un catálogo de prestaciones básicas, entre otras, la ayuda a domicilio, la teleasistencia, los centros de día o las residencias, así como prestaciones socio-sanitarias.

(60) Conclusiones de las *Jornadas sobre la nueva legislación en el ámbito de la discapacidad: La Ley de protección de las personas con discapacidad, Ley de igualdad de oportunidades y Ley Orgánica 15/2003, por la que se modifica el Código Penal*, 27, 28 y 29 de octubre, Valencia, Consejo General del Poder Judicial y Fundación Notarial *Aequitas*.

Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal

SUMARIO: 1. DISCAPACIDAD Y MINUSVALÍA: SU CONCEPTO, CLASES Y RECONOCIMIENTO: a) LA DISCAPACIDAD COMO CATEGORÍA GENERAL; b) LAS CLASIFICACIONES DE LA OMS; c) SUJETO TITULAR DE LA PROTECCIÓN: PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE MINUSVALÍA; d) DATOS SOCIODEMOGRÁFICOS.—2. LOS PODERES PÚBLICOS Y LA PROTECCIÓN A LA DISCAPACIDAD: a) EL ESTADO COMO SUJETO PROTECTOR: ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA; b) ESTADO CENTRAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL; c) LA DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA; d) POLÍTICAS DE PROTECCIÓN A LA DISCAPACIDAD: LÍNEAS ESTRATÉGICAS Y EJECUCIÓN PRIVADA.—3. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SUS FAMILIAS: PATRIMONIO PROTEGIDO: a) EL PATRIMONIO PROTEGIDO: CONCEPTO Y FINALIDAD; b) BENEFICIARIOS DEL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO: RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL GRADO DE MINUSVALÍA E INCAPACITACIÓN JUDICIAL; c) Los SUJETOS CONSTITUYENTES Y APORTANTES: BIENES Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE FORMAR PARTE DE LA MASA PATRIMONIAL; d) EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO; e) LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO: DESTINO DE LOS BIENES Y DERECHOS APORTADOS; f) EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA FISCALIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO: CONSIDERACIONES GENERALES; g) OTROS ASPECTOS JURÍDICO-CIVILES DE LA LEY 41/2003; LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL CÓDIGO CIVIL.—4. MEDIDAS PRIVADAS PARA LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL: MODIFICACIONES DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NECESARIAS: a) LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO NOCIÓN GLOBAL; b) LA REALIZACIÓN DE OBRAS NECESARIAS: INCLUSIÓN EXPRESA DE LAS CONDICIONES DE ACCESIBILIDAD; c) LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NECESARIAS PARA UN USO ADECUADO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: BENEFICIARIOS; d) EL REQUISITO DEL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE MINUSVALÍA: DUDAS SOBRE SU EXIGIBILIDAD; e) MAYORÍAS E IMPUTACIÓN DE LOS GASTOS PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NECESARIAS PARA EL USO DE PERSONAS

NAS CON DISCAPACIDAD.—5. CONSIDERACIONES FINALES: a) Los DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN; b) EL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE MINUSVALÍA COMO CATEGORÍA QUE DA ACCESO A LAS MEDIDAS PROTECTORAS DE DERECHO CIVIL.—DOCUMENTACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA CITADA. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS. RESUMEN.

1. DISCAPACIDAD Y MINUSVALÍA: SU CONCEPTO, CLASES Y RECONOCIMIENTO

a) LA DISCAPACIDAD COMO CATEGORÍA GENERAL

Antes de abordar las políticas de protección a la discapacidad enunciadas en el título, se hace necesario ofrecer una delimitación preliminar del concepto de la discapacidad. Ésta, en sentido muy amplio y general, se refiere a ciertas manifestaciones limitativas relacionadas con enfermedades o traumatismos, que afectan al sujeto a cualquier nivel (1). La noción de discapacidad obedece, por tanto, a una visión funcional, respondiendo a lo que se espera que el sujeto haga o a su imposibilidad para realizarlo (2). Por otra parte, es una idea mutable en constante adaptación a los cambios sociales y culturales sufridos en cada sociedad y época (3). En todo caso, conviene destacar que

(1) Vid., en especial, ALONSO-OLEA, «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 11 a 25, y CASADO, «Conceptos sobre la discapacidad. Apuntes», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001, págs. 5 a 13. También, CASADO, «Crónica del XVII Seminario Iberoamericano sobre Discapacidad y Comunidad Social», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2003, págs. 127 a 142; GONZÁLEZ MILLÁN y PÉREZ BUENO (Coords.), *Las múltiples dimensiones de la discapacidad. Estudios en homenaje a Ruiç Ortega*, Madrid, 2003; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en España*, sesión del Pleno de 17 de diciembre de 2003; SERRANO GARCÍA (Coord. y Dir.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003; ESBEC RODRÍGUEZ, GÓMEZ-JARABO y NEVADO BRAVO, *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*, Madrid, 2000; MARTÍNEZ DIE (Dir.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000; «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en GONZÁLEZ POVEDA (Coord.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, 22, Madrid, 1999, págs. 171 a 205; ALONSO-OLEA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid, 1997, págs. 47 y sigs.

(2) Vid. EGEA GARCÍA y SARABIA SÁNCHEZ, «Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001, págs. 15 a 30.

(3) Vid. ANDREU ABELA, ORTEGA RUIZ y PÉREZ CORBACHO, «Sociología de la discapacidad. Exclusión e inclusión social de los discapacitados», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 45, 2003, págs. 77 a 107.

el concepto que vamos a utilizar está directamente relacionado con las sociedades desarrolladas occidentales.

La construcción social de la discapacidad, por tanto, ha variado profundamente y con ella la cuestión terminológica. Este punto evidencia con claridad cómo ha evolucionado su visión y lenguaje, desde castigo divino, a los calificativos de idiotas, cretinos... hasta la denominación de inválidos recogida por la Ley de la Seguridad Social española de 1974. Con la promulgación de la Constitución Española de 1978 se consagra la tradicional fórmula social de los disminuidos, si bien con ella se fijan acciones protectoras inéditas hasta ese momento. En suma, denominaciones y definiciones precedentes, incluso la del artículo 49 de nuestra Carta Magna, lleva implícita una acusada carga peyorativa basada en la negación.

A partir de los años ochenta y definitivamente con la entrada del nuevo siglo, se renueva la cuestión terminológica, evitándose la sustantivación de las situaciones adjetivas. La persona siempre ha de ocupar su lugar como sujeto, seguido de la condición adjetiva específica. En síntesis, la discapacidad no es sino un adjetivo, por lo que la fórmula recomendable es la de personas con discapacidad o en abstracto, la discapacidad.

b) LAS CLASIFICACIONES DE LA OMS

Con la finalidad de concretar el marco conceptual de la discapacidad, se han ideado criterios de clasificación con vocación universal. En particular, de entre ciertos modelos conviene analizar los de la Organización Mundial de la Salud (4). Específicamente, vamos a comparar la Clasificación Internacional de 1980 y la del año 2001. En ambos casos, el objetivo último es idéntico, ya que se pretende uniformar la evaluación de la discapacidad.

La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980 (5), es una categoría que se aborda desde la perspectiva médico-sanitaria. En ella se sigue un esquema lineal y causal de la enfermedad, la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía, en correspondencia con su

(4) Si la ONU nace del Tratado de San Francisco en 1945, la cooperación internacional en el campo sanitario no se hizo esperar, y en 1946 se adoptó el proyecto de Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en su condición de organismo especializado de la ONU y, al mismo tiempo, autónomo (vid. DIEZ DE VELASCO, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 2003, págs. 301 y sigs.),

(5) En adelante, CIDDM-80. Para el análisis de todo su proceso de elaboración, composición, etc.. vid., EGEA GARCÍA y SARABIA SÁNCHEZ, *op. cit.*

propia denominación. Este esquema se inicia precisamente con la enfermedad como situación, seguido por la deficiencia como exteriorización de la enfermedad que afecta al funcionamiento orgánico y/o estructural (v.gr., al sujeto le falta una mano). Tras la enfermedad y la deficiencia, aparece la discapacidad, descrita como consecuencia en las actividades de la vida diaria (no puede escribir o conducir). Es una restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad de forma ordinaria. Finalmente, la minusvalía, considerada como desventaja social. En suma, es un enfoque que se centra en las consecuencias de la enfermedad.

Tras un largo proceso de reforma, en 2001 queda definitivamente aprobada la vigente clasificación de la OMS, conocida como CIF-2001 y denominada Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (6). El nuevo sistema avanza notablemente en la cuestión terminológica y en las vías elegidas para abordar la discapacidad: se abandona la visión negativa de lo que el sujeto no puede hacer y se prefiere potenciar lo que el sujeto sí puede ejecutar.

Está ideada para clasificar el funcionamiento y la discapacidad asociados con las condiciones de salud. El esquema que se elabora no es un esquema lineal desde la enfermedad, como el anterior, sino un proceso interrelacionado de todos sus componentes. Se trata, por tanto, de un enfoque integrador biológico, psicológico, social y ecológico. Los conceptos básicos son el funcionamiento, la discapacidad y la salud, clave del sistema que supone tanto la actividad como la participación. El funcionamiento se refiere al triple ámbito de funciones fisiológicas y estructuras corporales (órganos), la capacidad para realizar actividades y a la posibilidad de participar o involucrarse en una situación vital.

Por su parte, la discapacidad se refleja en el triple ámbito de las *deficiencias* en el funcionamiento corporal, las *limitaciones* en la capacidad para llevar a cabo funciones, y las *restricciones* que dificultan en cualquier grado la participación social. Es decir, es el factor negativo referido a las limitaciones que afectan a quien se encuentre en la situación.

(6) Esta clasificación es auxiliar de la Clasificación Internacional de Enfermedades.

C) SUJETO TITULAR DE LA PROTECCIÓN: PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE MINUSVALÍA

Visto el concepto genérico de la discapacidad y las clasificaciones universales, hay que conocer cómo se aborda en el Derecho interno de este país el concepto, los tipos y grados de discapacidad (7).

El reconocimiento y utilidad de la CIF-2001 por lo que al ordenamiento jurídico estatal y autonómico se refiere, son relativos, toda vez que el vigente Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre el Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía aún no ha sido adaptado al, sin duda, complejo sistema del año 2001 (8).

El hito básico en la determinación de los tipos de deficiencias es el establecido por el artículo 49 de la Carta Magna española (9). En este punto, el texto constitucional se refiere a las discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales. En su virtud, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, concretó las tres clasificaciones generales, según su afección y alcance (10): la categoría física integra las anomalías orgánicas en el aparato locomotor o extremidades, deficiencias del sistema nervioso y alteraciones en ciertas visceras; las psíquicas incluyen a quienes presentan retraso

(7) Vid., últimamente, ALONSO-OLEA, *Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad*, págs. 23 y sigs.; y GALLEGU, «El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía», págs. 189 y sigs. (ambos estudios en ROMERO RODENAS (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003).

(8) Si el Reglamento es anterior a la nueva clasificación de la OMS, no así ciertas modificaciones parciales que no han abordado la adaptación global del procedimiento y sus baremos al sistema de CIF-2001 (vid. Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, que modifica el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, con referencia a los criterios de valoración en infección por VIH).

(9) El artículo 49 de la Constitución Española dispone: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

(10) Entre otros preceptos de esta Ley 13/1982, el artículo primero dice que «los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón de la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias». Por su parte, el artículo 7, sobre los titulares de los derechos, establece «a los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».

o enfermedades mentales y, por último, las sensoriales, relacionadas con los trastornos de la vista, oído y lenguaje (11).

En todo caso, el reconocimiento por los órganos competentes del grado de discapacidad es la llave que abre el acceso al sistema de prestaciones sociales y económicas, de modo que no se puede desdeñar el tratamiento, siquiera somero, del procedimiento en cuestión. En definitiva, la concesión de buena parte de estos beneficios exige, como requisito previo, la certificación de la situación y del grado de discapacidad (12); exigencia que se ha visto pronunciada últimamente (13).

Este reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, se articula en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. En él se establece un procedimiento tipo sometido a las prescripciones de la Ley de Pro-

(11) Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *op. cit.*, págs. 9 y sigs.

(12) El Título II de la Ley 13/1982, de 7 de abril, está dedicado a los titulares de los derechos. El contenido de su artículo establece: «1. A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales. 2. El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadoros. 3. A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios que tiendan a prevenir la aparición de la minusvalía, se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una minusvalía residual. 4. Los servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en esta Ley se otorgarán a los extranjeros que tengan reconocida la situación de residentes en España de conformidad con lo previsto en los acuerdos suscritos con sus respectivos Estados y, en su defecto, en función del principio de reciprocidad. 5. El Gobierno extenderá la aplicación de las prestaciones económicas previstas en esta Ley a los españoles residentes en el extranjero, siempre que carezcan de protección equiparable en el país de residencia, en la forma y con los requisitos que reglamentariamente se determinen».

(13) El tiempo que medie entre la petición en regla y la resolución, en general, no puede superar los tres meses. Así lo determina la Orden de 2 de noviembre de 2000, en su Disposición quinta sobre el procedimiento para el reconocimiento del grado de minusvalía: «d) El plazo máximo para la resolución del procedimiento regulado en esta Orden será de tres meses, que se computarán a partir de la fecha de la recepción de la solicitud en cualquiera de los Registros dependientes del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. e) El plazo máximo para resolver el procedimiento, tanto inicial, de revisión o reclamación, podrá ampliarse por la Dirección General, conforme a lo dispuesto en los artículos 42.2 y 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, cuando por el número de solicitudes formuladas o por otras circunstancias que expresamente se determinen en el acuerdo de ampliación, no se pueda cumplir razonablemente el plazo previsto. f) Cuando la resolución no se dicte en el plazo señalado en el número 4 de este apartado normativo, la solicitud podrá entenderse desestimada, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar los derechos que le confiere el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral».

cedimiento Administrativo (14), con las especialidades previstas en el reglamento en cuestión y en su Orden de desarrollo. Su finalidad se concreta en la calificación del grado de minusvalía en porcentajes.

La calificación y el grado dependen, a su vez, del alcance de la propia discapacidad y de la suma o concurrencia de ciertos factores complementarios, referidos éstos al entorno familiar, situación laboral, educativa y cultural que dificultan la integración social del sujeto sometido al reconocimiento de minusvalía (15).

Por lo que al grado incumbe, es el resultado en porcentaje de la aplicación por los facultativos de los baremos. Éstos no son sino criterios técnicos unificados (16). Son competentes para la emisión del dictamen correspondiente, en los casos en que esta materia no haya sido transferida a la Comunidad Autónoma de que se trate, los equipos técnicos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (Imsero). En el caso de las Comunidades Autónomas, el dictamen lo emitirán los órganos técnicos competentes (17). En ambos casos, la composición de los equipos es pluridisciplinar y estará formada, necesariamente, por médicos, psicólogos y trabajadores sociales (18).

Sus funciones se refieren a la determinación del grado, la revisión del mismo, la determinación de la necesidad del concurso de otra persona para la realización de actividades vitales y la determinación del plazo de revisión en los casos de probable mejoría o agravación (19).

(14) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(15) Estos factores pueden atribuir hasta quince puntos y, en todo caso, sólo serán tenidos en cuenta si ha sido reconocido un 25 por 100 de discapacidad material (vid., art. 5 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre).

(16) Los baremos, tal y como expresamente se dice en el Real Decreto, se basan en la CIDD-1980 de la OMS. Y con ella, la discapacidad está referida a ciertas restricciones que afectan a la realización de actividades de la vida diaria. En el Reglamento se aprueban tres anexos. El primero referido a las deficiencias en órganos, aparatos y sistemas, en su punto B, además se determinan los factores sociales a tener en cuenta. El Anexo 2 contiene los baremos para señalar la necesidad de asistencia de tercera persona. Por último, el Anexo 3, los establece para el transporte colectivo. En definitiva, los baremos se han construido, no desde la enfermedad en sí misma considerada, sino por sus consecuencias en las actividades de la vida diaria (vestirse, comer, aseo, higiene), clasificadas a su vez, en grados del 1 al 5 —que supone la nula posibilidad de realizar estas actividades—. Por fin también se establecen cinco clases según el porcentaje de la discapacidad.

(17) En ambos casos, su régimen se somete al de las Administraciones Públicas, en particular a los artículos 22 a 27 de la Ley 30/1992, sobre órganos colegiados.

(18) La competencia territorial dependerá, precisamente, del domicilio de la persona que someta al procedimiento.

(19) Vid., el artículo 11 del Real Decreto 1971/1999, sobre la revisión del grado de minusvalía: «1. El grado de minusvalía será objeto de revisión, siempre que se prevea una

Su fin es la emisión de una propuesta de dictamen que necesariamente habrá de precisar el diagnóstico, el tipo de minusvalía y su grado, así como los puntos atribuidos para el concurso de tercera persona y la dificultad para usar transporte público y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar los transportes públicos colectivos. El órgano que resuelve es el competente de la Comunidad Autónoma y, en su caso, el Director Provincial del Imserso. Contra esta resolución, tras la interposición de reclamación previa, queda expedita la vía laboral (20).

d) DATOS SOCIODEMOGRÁFICOS

Una vez analizados el concepto de discapacidad (el general y el especializado de la OMS), y el procedimiento para el reconocimiento del grado de minusvalía, es el momento de valorar la cuantificación del número y especia-

mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo fijarse el plazo en que debe efectuarse dicha revisión. 2. En todos los demás casos no se podrá instar la revisión del grado por agravamiento o mejoría, hasta que, al menos, haya transcurrido un plazo mínimo de dos años desde la fecha en que se dictó la resolución, excepto en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo. 3. Los Directores Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en el ámbito territorial de su competencia y dentro del plazo máximo previsto, deberán dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados para revisar el grado de minusvalía previamente reconocido».

(20) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, número 141/2003, de 14 de julio, dictada en un recurso de amparo interpuesto contra ciertas Resoluciones sobre la determinación del grado de minusvalía. Por lo que se refiere a la competencia de la vía laboral, la doctrina al respecto ya ha sido «unificada por las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1996, 23 de febrero de 1996, 27 de diciembre de 1997, 17 y 24 de diciembre de 2001. Se declara en estas sentencias que: «1.º Los Tribunales del Orden Jurisdiccional Social tienen plena competencia —art. 2.b) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— para conocer en materia de Seguridad Social», en cuya esfera se incluyen, sin duda, todas las cuestiones relativas al derecho de percibir las pensiones, tanto de invalidez permanente como de jubilación, ya sean contributivas o no contributivas (como con referencia a estas últimas sientan las sentencias de 3 de junio de 1995 y 9 de febrero de 1996, según recuerda la sentencia de 22 de marzo de 1996). 2.º Esta competencia debe extenderse a la determinación del grado de minusvalía que afecta al interesado, pues carecería de toda lógica que los Tribunales Laborales pudieran resolver sobre el reconocimiento de las pensiones que tuvieran por sustrato una cierta deficiencia psíquica o funcional, y se impidiera examinar lo que constituye el presupuesto fáctico de aplicación de la norma, cual es la determinación del grado de minusvalía» [vid., sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, núm. 3.710/2003 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 28 noviembre; vid. también, el Auto de 19 de diciembre de 2002, dictado por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que resuelve el conflicto negativo de competencia en la materia a favor del orden social].

lidades estadísticas de las personas con discapacidad. Con ello conseguimos tomar conciencia de su dimensión social y, en su caso, justificar la necesidad del progresivo incremento de las dotaciones presupuestarias destinadas a paliar su problemática.

Este grupo de las personas con discapacidad es muy heterogéneo e incluye a menores, jóvenes, adultos y ancianos. La discapacidad no se define por la pertenencia a un grupo cronológico, sino por el impacto que producen en las actividades de la vida diaria las circunstancias de carácter físico, psíquico y sensorial (21).

Numéricamente en España se computan unos tres millones y medio de personas con discapacidad (22); se calcula que constituyen un 10 por 100 de la población europea y que en la Europa ampliada son unos cincuenta millones de personas (23). Si a estos datos sumamos que las personas con discapacidad se encuentran, a su vez, integradas en grupos familiares, no cabe duda que no se trata de una minoría.

Con el perfil sociodemográfico se acredita que la discapacidad no es un hecho aislado, sino que afecta a personas individuales integradas, frecuentemente, en grupos familiares. La constatación de este hecho puede sostener la afirmación de que son sujetos dignos de protección tanto la persona con discapacidad como por extensión su familia, dadas las necesidades especiales y gastos extraordinarios en que incurrir.

Los rasgos sociodemográficos son también muy heterogéneos, ya que entre las personas con discapacidad de menos de sesenta y cinco años el menoscabo puede tener origen congénito, provenir del parto o tratarse de discapacidades sobrevenidas por accidente de tráfico o laboral (24). Los mayores de esa edad pueden referirse a enfermedades con deterioro cognitivo.

(21) En todo caso, sí conviene destacar que las personas de más de sesenta y cinco años que presentan algún tipo de discapacidad ascienden a un 32 por 100, frente al grupo de edad inferior reducido al 5 por 100 (vid., COMISIÓN DE POLÍTICA SOCIAL Y EMPLEO DHL CONGRESO, «Informe de la Subcomisión sobre el estudio de la situación actual de la discapacidad y perspectivas de futuro», en *BOCG*, serie D, 640, de 16 de diciembre de 2003).

(22) Los datos españoles proceden de la Encuesta de Discapacidad, Deficiencias y Estados de Salud del Instituto Nacional de Estadística de 1999; vid. JIMÉNEZ LARA y HUETE GARCÍA, *La discapacidad en España: datos epidemiológicos: aproximación desde la encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud de 1999*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002 y 2003, 2.^a ed.; JIMÉNEZ LARA (Coord.), *La discapacidad en cifras*, Madrid, 2002; vid., también, últimamente, el *Libro Blanco de la Dependencia*, págs. 42 y sigs.

(23) Según el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo», de 25 de febrero de 2004, C 110/26.

(24) Vid., JIMÉNEZ LARA y CASADO (Selecc.), «Estadísticas epidemiológicas de la discapacidad», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001, págs. 86 a 89.

En suma, «hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras» (25).

2. LOS PODERES PÚBLICOS Y LA PROTECCIÓN A LA DISCAPACIDAD

a) EL ESTADO COMO SUJETO PROTECTOR: ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

De los datos anteriores se refuerza la exigencia de la materialización del mandato constitucional al legislador del artículo 49, precepto que como sabemos, se encuentra entre los principios rectores de la política social y económica de la Constitución Española (26). Este capítulo tercero establece ciertos elementos que han de ser integrados en el tratamiento holístico de la discapacidad. Se trata del régimen público de la Seguridad Social y la protección a la familia en los ámbitos social, económico y jurídico (27).

(25) Vid., Exposición de Motivos, I, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

(26) Vid., sobre este precepto, TORRES DEL MORAL y VILLARRUBIA, «La constitucionalización de los derechos del minusválido», en *RFDUC*, 2, monográfico, 1980, y VIDA SORIA, «Comentario al artículo 49 de la Constitución Española. Protección de los disminuidos físicos», ALZAGA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, IV, Madrid, 1984, págs. 357 a 364.

(27) Conviene tener a la vista los principios que sobre la Protección de la familia, la Seguridad Social, Salud y pensiones, sienta la Constitución Española. Así, declaran los siguientes artículos: «39.1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»; «41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres»; «43.1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio»; «50. Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familia-

A estos extremos se añade la necesidad de lectura interrelacionada de aquellos principios con el sentido del Preámbulo sobre el orden económico y social justo y la sociedad avanzada, con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho (28), la promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad sean efectivas (29) y con la dignidad de la persona (30). Sin olvidar que la protección a las personas con discapacidad como principio voluntarista que es, no sólo exige esta exégesis sistemática, sino que requiere de desarrollo normativo (31), bien sea mediante un tratamiento integral de la política legislativa post-constitucional, como las sectoriales que han protagonizado los últimos tiempos (32).

De lo dicho se deduce que la protección de las personas con discapacidad y su familia, como toda declaración no es por sí misma suficiente para garantizar la no discriminación. Exigirá la aprobación de políticas concretas y éstas, a su vez, requerirán de la creación de estructuras objetivas que garanticen estas normas programáticas. Por tanto, el principio habrá de traducirse en ciertas medidas que favorezcan a todas aquellas personas con una discapacidad reconocida.

b) ESTADO CENTRAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL

En este Estado plurilegislativo, las Comunidades Autónomas han asumido la totalidad de las medidas de asistencia social y servicios sociales (33). Entre

res, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

(28) «Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

(29) «Artículo 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

(30) «Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

(31) «Artículo 53.3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3.º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

(32) Por lo que al desarrollo normativo se refiere, entre las competencias del Estado del artículo 149 se señalan: 1.6. La legislación mercantil, penal, penitenciaria y procesal; 1.8. La legislación civil (13.2 del Código Civil) y 1.14, sobre Hacienda general y Deuda del Estado.

(33) En el ejercicio de las competencias asumibles por los Estatutos, según el artículo 148.1.20 de asistencia social. Especialmente destacable es el caso de la Comunidad Valenciana, que contempla un tratamiento integral de la cuestión, adoptado por la Ley 11/2003, de 10 de abril, del Estatuto de las personas con discapacidad. Por otra parte, sobre

éstas pueden destacarse los servicios de atención a domicilio, la atención diurna, los sistemas alternativos de alojamiento, las viviendas públicas tuteladas o servicio público de acogimiento familiar (34).

Por su parte, el Real Patronato sobre la Discapacidad cohesiona las mencionadas políticas estatales y comunitarias. Entre las funciones de este organismo autónomo (35) se señalan las de facilitar «el intercambio y la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, así como entre éstas y el sector privado, tanto en el plano nacional como en el internacional» (36). En su Consejo se integran los Presidentes de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla (37). Adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tiene encomendada la misión de ejecución de programas específicos sobre la Discapacidad (38). También vinculado a este Ministerio (del que depende) y en su condición de instrumento técnico al servicio de las Administraciones, especialmente la Autonómica, nos encontramos con el Observatorio de la Discapacidad, teniendo como destinatarios básicos a las personas con discapacidad y familias.

En síntesis, si el reconocimiento de la minusvalía se ha hecho depender del Estado con la finalidad de que la valoración y calificación de sus grados sean uniformes en el país, los tipos concretos y dotación de las ayudas sociales son competencia de Comunidades Autónomas y Municipios (39). Es cierto, por tanto, que se ha garantizado la igualdad de condiciones para el acceso a los beneficios, derechos económicos y servicios, pero no que éstos sean idénticos, ya que estas ventajas dependen de los organismos públicos que las otorgan. Y éstos, a su vez, aprobarán ciertas medidas sociales según criterios de oportunidad política, dotación presupuestaria y sensibilidad social o, inclu-

ía compleja relación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de inserción profesional de las personas con discapacidad, vid., CARDONA RUBERT, LÓPEZ I MORA, SARAGOSSÁ I SARAGOSSÁ, «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas», en *Trabajos y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 265 y sigs.

(34) Vid. OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES (IMSERSO), *Servicios sociales para personas mayores en España*, Madrid, 2004.

(35) Vid. artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

(36) Artículo 3.2 del Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto.

(37) Vid. artículo 5.1.B. b) del mencionado Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto.

(38) Los antecedentes del Real Patronato se encuentran en el Real Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales de 1910. Su construcción actual tiene su origen en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Sus Estatutos fueron aprobados por Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto, y modificados por el Real Decreto 338/2004, de 27 de febrero, y el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura básica de los Departamentos Ministeriales, asigna a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad, las funciones de Secretario.

(39) Vid. artículo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

so del número de beneficiarios que, conviene destacar, no se distribuye de forma idéntica en todo el territorio (40).

C) LA DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

También hay que hacer mención de los trabajos de la Unión Europea sobre la materia. Así, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza, proclamaron el principio de igualdad y no discriminación (41).

El siguiente paso lo constituye la Constitución Europea (42). Su texto definitivo contempla, en similares términos que Niza, la discapacidad. De modo que recoge como declaración de principios, una prohibición genérica de cualquier tipo de discriminación, y, en particular, la que se ejerza por razón del tema que nos ocupa (43). Los preceptos siguientes concretan el respeto a las diversidades y a los grupos especialmente desfavorecidos. En particular, además de la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad de hombres y mujeres, derechos de los menores y mayores, el artículo II-86 aboga por la integración de las personas discapacitadas del modo siguiente: «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

(40) Para CABRA DE LUNA la variación tan sustancial de recursos, según la Comunidad de que se trate, le permite sostener que «la inequidad territorial es manifiesta» («Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 50, 2004, pág. 42).

(41) El capítulo III recoge los dos preceptos sobre la materia. El artículo 21, sobre la igualdad y no discriminación, dice: «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados». Por su parte, el artículo 24, sobre la integración de las personas discapacitadas: «las personas discapacitadas tienen derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

(42) Texto del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

(43) En la Parte II, Título III, dedicado a la Igualdad: «Artículo II-81: No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

d) POLÍTICAS DE PROTECCIÓN A LA DISCAPACIDAD: LÍNEAS ESTRATÉGICAS Y EJECUCIÓN PRIVADA

La totalidad de los estudios en la materia coinciden en que las actuaciones políticas, sean supranacionales (44), estatales, comunitarias o municipales, han de respetar y garantizar la independencia de la persona con discapacidad mediante su integración social y profesional (45). En todo caso, el fundamento de la acción protectora no es sino el reparto del riesgo colectivo, lo que podríamos denominar la justicia y solidaridad social que implica su distribución entre todos los ciudadanos, particularmente en el Estado social y democrático de Derecho (46). Desde esta perspectiva las políticas han de velar por su plena participación en la vida de la comunidad (47).

No cabe duda de que las finalidades protectoras anteriores pueden obtenerse de medidas de carácter público y/o privado (48). Por lo que al sistema de prestaciones y cobertura pública se refiere, se concretan en marcos directos

(44) En este punto y con esta finalidad, la Unión Europea adoptó la Decisión 2001/903/CE, de 3 de diciembre, que declaró Año Europeo de las personas con discapacidad el 2003. El año 2004 fue el Año Iberoamericano de las Personas con Discapacidad. La XIII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, reunida en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en noviembre de 2003, aprobó la declaración de 2004 como Año Iberoamericano de las Personas con Discapacidad, a solicitud del Gobierno español, que se hacía eco así de una petición en este sentido del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) y la RIADIS (Red Iberoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad).

(45) Vid. Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados; el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad; vid., también la sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre, sobre el Derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, en la que se resuelve que no hay vulneración del derecho fundamental a la igualdad con «la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo (...) siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora nos interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado». Sobre la concreción estadística de las políticas de contratación, vid., ÁLVAREZ PRIETO y ROJO ALCALDE (Selecc.), «Acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Series estadísticas de los años 1985-1992», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001, págs. 90 a 100.

(46) Vid., sobre este último aspecto, GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1994.

(47) Vid. REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, *Líneas de actuación estratégicas*, 15 de junio de 2004.

(48) Los tipos de medidas están establecidos por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que determina quién es el sujeto titular de la protección; el mecanismo de asignación de calificaciones y el sistema protector. Este sistema protector puede ser de protección directa, como las prestaciones sociales y económicas, y los medios de protección, como la integración laboral.

—servicios públicos— (49) e indirectos. En este último grupo podríamos incluir los beneficios fiscales, subvenciones específicas, otras como gratuidad en tasas, ayudas económicas, etc. (50). El sujeto protector se refiere a los poderes públicos que dictan políticas de previsión o prevención (51), tratamiento (52), rehabilitación (53) e integración.

Por su parte, las medidas de carácter jurídico-privado también son capaces de tutelar no sólo al sujeto con discapacidad sino también al grupo familiar en que se integra (54). En este ámbito, las acciones son múltiples y pueden actuar en campos tan diversos como la inserción en el trabajo, el derecho a la educación (55) o el derecho a la autonomía en el hogar (56).

(49) El artículo 12 de la mencionada Ley 13/1982, de 7 de abril, enumera como líneas comprendidas en la acción protectora la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica: subsidio de garantía de ingresos mínimos, subsidio por ayuda de tercera persona; subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, recuperación profesional, rehabilitación médico-funcional.

(50) Vid., RODRÍGUEZ CABRERO y MARBÁN GALLEGO, *El gasto público en discapacidad 1991-2000 (Administraciones Centrales y Comunidades Autónomas)*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002.

(51) Según el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad de 1988. Se refiere a adoptar medidas que impidan que se lleguen a producir las deficiencias o que producidas, lleguen a tener consecuencias negativas. Por tanto, acciones preventivas primarias (antes) y secundarias (después).

(52) Vid. el artículo 22 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, dedicado al tratamiento y orientación psicológica.

(53) Finalística y compensatoria, ya que pretende que la persona alcance el nivel óptimo y además medidas sociales.

(54) Una propuesta de futuro es el seguro de dependencia; los sujetos asegurados serán las personas de edad avanzada y las que tengan discapacidad. Existe como prestación no contributiva en Francia, Luxemburgo y Holanda (vid. BLASCO LAHOZ, «La protección de la dependencia: un seguro social en construcción», en *Aranzadi Social*, 11, 2003; PÉREZ MENAYO, «Prestaciones de dependencia: situación comparada en la UE», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 47, 2003, págs. 295 a 324). Téngase presente además el recientemente anunciado proyecto de la Ley Básica de Protección a la Dependencia (Libro Blanco de la Dependencia, cit., pág. 4).

(55) Las medidas más avanzadas por lo que a la educación universitaria se refiere, se concretan en la exoneración del pago de tasas, la realización de exámenes en condiciones especiales y la adaptación a las circunstancias concretas de cada persona, sin menguar por ello el nivel académico. Sobre este aspecto, vid., RED VEGA, *El acceso a los estudios superiores de las personas con discapacidad física y sensorial*, Valladolid, 2002. La Ley de Universidades, Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, prevé en el 46.2.b, «en los términos establecidos por el Ordenamiento jurídico, los estudiantes tendrán derecho a: b) la Igualdad de oportunidades y no discriminación, por circunstancias personales o sociales, incluida la discapacidad, en el acceso a la Universidad, ingreso en los Centros, permanencia en la Universidad y ejercicio de sus derechos académicos».

(56) Vid., punto 1.8 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad», 26 de marzo de 2003 fCOM (2003) 16 final.

Lo anterior ratifica que si la integración de cualquier persona en la sociedad se garantiza mediante el trabajo, la educación, etc., en caso de que el sujeto padezca algún tipo de discapacidad, las medidas estatales han de reforzar aún más el acceso a estos canales ordinarios de socialización (57).

3. PROTECCIÓN CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SUS FAMILIAS: PATRIMONIO PROTEGIDO

a) EL PATRIMONIO PROTEGIDO: CONCEPTO Y FINALIDAD

En líneas generales y por lo que se refiere a la política estatal española de los últimos tiempos, cabe destacar que la preocupación por las personas con discapacidad se ha traducido en la creación de un mecanismo jurídico de aplicación y corte típicamente liberales. En particular, en la institución que nace con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, el papel asumido por el Estado se circunscribe a autorizar su constitución a aquellas personas que cuenten con patrimonio suficiente para hacerlo, a favorecer su creación mediante la incentivación fiscal y a su tutela mediante las instituciones correspondientes. Se trata de un conjunto de medidas de carácter jurídico-privado, en las que el poder público adopta una posición vigilante o de control.

La regulación jurídica de este patrimonio protegido es el principal objeto de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, intitulada oficialmente «de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad» (58). En esta ocasión, como se ha avanzado, el legislador

(57) Si bien con una terminología necesitada de actualización, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, entendía como rehabilitación «el proceso dirigido a que los minusválidos adquieran su máximo nivel de desarrollo personal y su integración en la vida social, fundamentándose a través de la obtención de un empleo adecuado. 2. Los procesos de rehabilitación podrán comprender: a) Rehabilitación médico-funcional. b) Tratamiento y orientación psicológica. c) Educación general y especial. d) Recuperación profesional. 3. El Estado fomentará y establecerá el sistema de rehabilitación, que estará coordinado con los restantes servicios sociales, escolares y laborales, en las menores unidades posibles, para acercar el servicio a los usuarios y administrados centralizadamente».

(58) Vid., LUCINI NICAS, «La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria», en AC, 14, julio de 2004, págs. 1621 a 1653; MARTÍN SANTIESTEBAN, «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿un acercamiento al *trust*?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 612, 2004; PÉREZ JIMÉNEZ, «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en AC, 21, 2004, págs. 2540 a 2558; PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del

se centra en los aspectos puramente materiales de la discapacidad, con la aspiración de que la asistencia económica a la persona se haga con cargo a su propio patrimonio. Por tanto, su finalidad última es garantizar la asistencia y atención especializada, presente y futura, que requieran, incluso cuando sobrevivan a sus progenitores. Es decir, son medidas que tienden a afectar ciertos medios económicos de iniciativa privada a la satisfacción de las necesidades de estas personas con discapacidad y, por extensión, a su familia.

De cuanto antecede se puede concluir que la noción de este patrimonio especialmente protegido se asocia al de una masa patrimonial vinculada a los intereses vitales del beneficiario. Carece por definición legal de personalidad jurídica y responde adecuadamente a la noción tradicional de patrimonio de destino (59). La falta de previsión legal sobre las deudas y obligaciones que, en su caso, genere esta masa patrimonial, y la ausencia de un régimen especial que singularice su responsabilidad sobre el patrimonio ordinario del beneficiario y titular, impiden la calificación del conjunto como unidad patrimonial separada (60). No hay, por tanto, separación de patrimonios ante la mencionada ausencia de caracterización legal; la masa patrimonial ni se singulariza del resto de los bienes, ni está aislada del patrimonio general ordinario del titular y beneficiario sino por su finalidad y supervisión (61).

discapacitado», en AC, 15, septiembre de 2004; RIVERA ÁLVAREZ, «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 50, 2004, págs. 91 a 119; SÁNCHEZ REYERO, «El discapacitado ante el Derecho Civil y Fiscal contemporáneo», en *Información Jurídica*, 49, junio de 2004, págs. 1 a 7; ZURITA MARTÍN, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Aranzadi Civil*, 16, 2003; CARRASCO PERERA, «Acoso y derribo de la legítima hereditaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 580, 2003; VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales de la discapacidad», en *La protección jurídica del discapacitado*, SERRANO GARCÍA (Coord. y Dir.), Valencia, 2003; MUÑOZ DE DIOS, «El patrimonio del discapacitado», MARTÍNEZ DÍE (Dir.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000; GONZÁLEZ POVEDA (Coord.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, 22, Madrid, 1999; LEÑA FERNÁNDEZ, *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997.

(59) Como las colectas o cuestaciones públicas organizadas para conseguir fondos sin personalidad jurídica propia (vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de la persona*, Madrid, 2004, 10.^a ed., págs. 439 y sigs.).

(60) Los términos de la Exposición de Motivos son los siguientes: «los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares».

(61) Si bien el fundamento y especialidades del patrimonio separado son discutidos, uno de los argumentos que sustenta su configuración legal se fundamenta en la separación de los ámbitos de responsabilidad de las deudas; DíEZ-PICAZO y GULLÓN añaden otras causas como las relativas a los regímenes especiales de gestión y administración

Refuerza esta idea el tratamiento fiscal del patrimonio protegido. La persona con discapacidad titular y beneficiada de este patrimonio tributará por lo que a las aportaciones realizadas se refiere, como rendimiento íntegro del trabajo en el IRPF y en lo que exceda, por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (62). En definitiva, el patrimonio protegido incluso a efectos tributarios no es más que una masa de bienes y derechos de los que es titular el sujeto beneficiario, que si se aislan del patrimonio ordinario, no es sino por las especialidades de administración y supervisión que luego se dirán.

- b) BENEFICIARIOS DEL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO:
 RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL GRADO DE MINUSVALÍA
 E INCAPACITACIÓN JUDICIAL

El beneficiario de esta norma se determina por criterios reglamentarios indirectos (63) o, en su caso, por resolución judicial firme. Así, podrán ser titulares y beneficiarios:

- a) Personas con una discapacidad psíquica reconocida del 33 por 100 o más, estén o no incapacitadas judicialmente;
- b) personas con discapacidades acreditadas de carácter físico de un 65 por 100 como mínimo, estén o no incapacitadas;
- c) personas con discapacidades certificadas de tipo sensorial a partir de un 65 por 100, estén o no incapacitadas;
- d) personas incapacitadas por sentencia judicial firme, siempre y cuando se hayan equiparado los grados y tipos de discapacidad según la determinación legal.

La última apreciación merece unas líneas aclaratorias. El Juez civil carece de competencia para graduar y calificar la discapacidad psíquica, física o sensorial que padezca la persona de la que se pretende su incapacitación. Con esta máxima a la vista, debe ser revisado el contenido de la Exposición de

(vid., *Sistema de Derecho Civil, I*, Madrid, 2002, 10.^a ed. págs. 383 a 384; ALBALADEJO, *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, Barcelona, 2002, 15.^a ed., págs. 509 a 511; COSSÍO, «La teoría del patrimonio», en *Estudios en homenaje al profesor Serrano*, Valladolid, 1965, págs. 125 y sigs.; FAIRÉN MARTÍNEZ, «Patrimonio y responsabilidad patrimonial», en *RDN*, 1962, págs. 241 y sigs.).

(62) Vid., *infra*, las modificaciones tributarias.

(63) La variabilidad de aquellos criterios políticos y administrativos de los que dependen la adquisición y pérdida de la condición de discapacitado había sido denunciada oportunamente por el Consejo General del Poder Judicial y puesto de manifiesto en los debates parlamentarios (vid., DCG, núm. 293, 2003, VII Legislatura).

Motivos de la Ley y la fórmula legal utilizada para la determinación de sus beneficiarios según su artículo segundo.

Por su parte, la mencionada Exposición sienta que «beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurren o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas». A esta terminante declaración se añade el dictado del artículo segundo, cuyos términos son los siguientes «1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular. 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme». En definitiva, parece que excluye de las ventajas de la Ley a quienes estén incapacitados judicialmente, si no tienen reconocidos los grados específicos de las tipologías de minusvalías en cuestión, toda vez que como se ha dicho, el Juez civil carece, de momento, de las competencias para su concreción. De lo dicho se ha de concluir que si quien pretenda ser beneficiario de la institución sólo está incapacitado judicialmente, es más que posible que la constitución del patrimonio no llegue a buen puerto.

Por ello, sobre su ámbito subjetivo es conveniente destacar los siguientes puntos:

- a) El legislador recurre a la figura de la discapacidad antes que a la incapacitación judicial, por lo que adopta una nueva línea tutelar atendiendo no a los tradicionales criterios de capacidad e incapacitación sino a una institución de nuevo corte para el Derecho Civil.
- b) Es necesario tener en cuenta la correlación judicial entre ciertos grados de minusvalía y la estimación de la incapacitación de la persona que las padece. Esta correspondencia entre la incapacitación judicial y la minusvalía del 65 por 100 es un dato que conviene tener a la vista, ya que cabe la posibilidad de que este criterio de equiparación termine por generalizarse a efectos civiles. De momento, la jurisprudencia menor consultada parece confirmar el criterio inverso, es decir, si hay reconocimiento administrativo de minusvalía procede la incapacitación con alcance absoluto o parcial (64).

(64) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, núm. 105/2004 (Sección 3.^a), de 12 de marzo; sentencia de la Audiencia Provincial

- c) La Exposición de Motivos de la Ley tenía muy presente las consecuencias de los accidentes de tráfico y laborales con la posible declaración para quien los sufra de incapacidad laboral permanente total, absoluta o gran invalidez que, a su vez, se corresponde reglamentariamente con un 33 por 100 de minusvalía. Se suman tres nociones de distinto corte, como son la incapacidad laboral absoluta, la incapacidad judicial que opera sobre la capacidad de obrar, y el reconocimiento administrativo de minusvalía, cuyas reciprocidades y equivalencias están reconocidas a efectos fiscales y de cobertura de la seguridad social (65).

Como exponente de las anteriores consideraciones, vamos a traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de marzo de 2004; esta Resolución evidencia la superposición —o, en todo caso, la presencia simultánea— de la incapacidad judicial, invalidez laboral y los distintos tipos y grados de minusvalía. En el caso de autos, el presunto incapaz es un empresario que sufrió un grave accidente de tráfico; previo al procedimiento de incapacidad, se había dictado sentencia de separación fundada en las perturbaciones mentales deducidas del accidente en cuestión y, por su parte, se le había reconocido laboralmente una invalidez permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad. Si bien la resolución no entra al fondo de la cuestión por un defecto del *petitum*, el juzgador declara que pese a las

de Badajoz, núm. 10/2003 (Sección 3.ª), de 15 de enero; sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, núm. 383/2002 (Sección 1.ª), de 15 de noviembre, y sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, núm. 145/2002 (Sección 1.ª), de 6 de mayo. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, núm. 127/2003 (Sección de lo Social), de 30 de abril de 2003, declara que «el umbral de estas deficiencias (se refiere a las psíquicas, físicas o sensoriales) se encuentra en el 33 por 100c —similar a la incapacidad parcial—».

(65) Resulta muy útil tener presente que a los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 58.6 declara que «tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. *Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado*» (Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Equiparación compartida por las prescripciones del artículo primero de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tal y como se argumenta en las líneas dedicadas al ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley.

secuelas físicas que siguieron al accidente, «no puede darse lugar a la declaración de discapacidad a los efectos del artículo 2 de la Ley de Patrimonios Protegidos, al no haber sido una pretensión oportunamente deducida, sino meramente apuntada en la vista del presente recurso. El goce de los beneficios que la citada Ley proclama podrá ser obtenido con relativa facilidad a través de la calificación administrativa de su minusvalía» (66).

En suma, pueden ser beneficiarios quienes tengan los pertinentes grados de minusvalía reconocidos, estén o no incapacitados judicialmente, y también pese a la mejorable redacción legal, quienes hayan sido incapacitados por sentencia judicial firme en aplicación del artículo 200 del Código Civil (67), siempre y cuando ostenten acreditación de alguno de los grados y tipos reseñados (68). Por su parte, juzgados de primera instancia y audiencias ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre el referido ámbito subjetivo destacando, en todo caso, que «el concepto de beneficiarios que contempla la Ley es notablemente más amplio al de “incapacitado”, comprendiendo a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 (art. 2 de la Ley)» (69).

(66) En el caso de autos, fue instaurada una curatela limitada a la esfera patrimonial [vid., sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz, núm. 14/2004 (Sección 4.^a), de 9 de marzo].

(67) Ha de tenerse en cuenta que son dos capítulos diferentes y que en varias ocasiones, la alegación del grado de minusvalía reconocido como fundamento de la incapacitación judicial interesada ha sido desestimada por no vincular al juzgador ni cumplir con las exigencias del artículo 200 del Código Civil (vid., sentencia del Tribunal Supremo de 14 mayo de 2003). En los comentarios sobre la Ley no parecen especialmente afortunadas las afirmaciones que entienden que los términos de discapaz e incapacitado se utilicen de forma indistinta. En realidad, más parece que el legislador desea superar la noción de incapacitación e ir en la dirección de unos baremos como los aprobados en materia de accidentes de tráfico. Pero, en todo caso, al día de hoy no podemos concluir que la Ley utilice ambos términos como sinónimos; LUCINI NICAS, por su parte, entiende que pese a la univocidad terminológica, no es posible confundir incapacidad con discapacidad (vid., *op. cit.*). Finalmente, conviene tener en cuenta que la finalidad de las normas sobre ciertos conceptos relacionados con la materia, no es idéntica; por ello, previo a la promulgación de la normativa que hace sinónimas ciertas situaciones, se había sostenido que la pretensión de la persona declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de que se le reconozca el grado de minusvalía del 33 por 100 consagrará situaciones de desigualdad carentes de justificación objetiva (vid. STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2001).

(68) Conviene tener presente ciertos pronunciamientos judiciales que recuerdan que la calificación que realicen los órganos técnicos competentes será independiente de la realizada por otros organismos públicos (vid. STSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2002. y STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2001).

(69) Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, núm. 28/2004 (Sección 1.^a), de 12 de marzo, dictado con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la propuesta de auto dimanante del procedimiento sobre enajenación de bienes de incapaz.

Finalmente, el número de potenciales beneficiarios de los incentivos de la Ley se fijaba, según la Memoria Económica del Anteproyecto, en un 2 por 100 del millón de personas que padecen algún tipo de discapacidad. En esta ocasión, y frente a la distribución directa entre los comuneros que apareja la modificación de la Propiedad Horizontal, el reparto del riesgo social es de tipo indirecto. Específicamente, el coste recaudatorio para la Hacienda Pública ha sido cuantificado en unos cuarenta millones de euros (70).

C) LOS SUJETOS CONSTITUYENTES Y APORTANTES: BIENES Y DERECHOS
SUSCEPTIBLES DE FORMAR PARTE DE LA MASA PATRIMONIAL

Podrán constituir este patrimonio protegido, en principio, aquellas personas con discapacidad, según el grado y tipos señalados, estén o no incapacitadas judicialmente. En caso de que lo estén, dejando a salvo los límites sobre su capacidad de obrar fijados por la sentencia judicial y, en presencia de esta objeción, corresponderá a los órganos tuitivos titulares. En caso de que padezcan una minusvalía física o sensorial y al tiempo carezcan de capacidad de obrar, podrán interesar su constitución padres, tutores y curadores. En el supuesto de que la persona con discapacidad lo sea por razón de minusvalía psíquica, la ley autoriza además a sus guardadores de hecho (71) en previsión de que si a la muerte de sus padres, el sujeto fuera beneficiario de algunas pólizas suscritas por sus mayores, a falta de sentencia de incapacitación aquellos tengan autorización legal para integrar tales pensiones en el patrimonio (72).

En definitiva, podrán constituir la masa patrimonial, teniendo además la condición de sujeto constituyente:

- a) La persona con discapacidad reconocida si no está incapacitada judicialmente;
- b) los padres, tutores o curadores, si la persona con discapacidad física o sensorial carece de plena capacidad de obrar;

(70) La disparidad con las cifras ofrecidas más arriba (se computaban más de tres millones y medio de personas con discapacidad), obedece a que en la Memoria se incluye estrictamente quien ostente el grado de minusvalía reconocido. Concretamente el entonces Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, señor Zaplana, cuantificaba según los datos del censo de 2001 en casi un millón y medio de personas con alguna discapacidad (1.445.697 españoles, 1.067.873 con discapacidad psíquica y 377.824 con discapacidad física o sensorial).

(71) Vid., sobre la guarda de hecho, TEJEDOR MUÑOZ, «La guarda y acogimiento de menores», en *Curso sobre la protección jurídica del menor*, Pous DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coords.), Madrid, 2001, págs. 157 y sigs.

(72) Vid. RIVERA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 11, pág. 94.

- c) los padres, tutores, curadores y guardadores de hecho (73), si la persona con discapacidad psíquica carece de plena capacidad de obrar;
- d) la persona incapacitada judicialmente, que además de ostentar alguno de los tipos de discapacidad reconocida, en la sentencia de incapacitación haya sido graduada su capacidad de obrar en el ámbito patrimonial y conserve esta cualidad.

Es posible también la constitución a iniciativa de tercero, con el requisito inexcusable de que realice la oportuna aportación, teniendo en esta ocasión la condición de sujeto constituyente, bien la autoridad judicial o la propia persona con discapacidad:

- a) La autoridad judicial, pese a la oposición del beneficiario, padres o tutores, en los casos en que un tercero sea el solicitante. De la intelección del artículo tercero no cabe sino entender que constituyente es el Juez y el tercero no es más que un solicitante de su constitución (74);
- b) la persona con discapacidad o, en su caso, las instituciones tutelares antes enunciadas, a iniciativa del tercero.

En todo caso, si la constitución se realiza por resolución judicial, no ha lugar a cuestionarse la equívoca situación de la persona con discapacidad e insuficiente capacidad de obrar. Esta actuación judicial, como las que en su caso puedan suscitarse con ocasión del Patrimonio Protegido, «se tramitarán como actos de jurisdicción voluntaria sin que la oposición que

(73) La constitución del patrimonio por parte de los guardadores de hecho, podrá realizarse observando los requisitos y limitaciones del artículo 3.1.c) de la norma que declara lo siguiente: «el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir el patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil».

(74) Por su parte, la redacción literal del artículo tercero de la Ley, en su punto 2 afirma: «Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin. En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta Ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido».

pudiera hacerse a la solicitud promovida se transforme en contencioso el expediente» (75).

En los supuestos en que se recurra al documento público, será el notario quien deba revisar, en el ejercicio de su competencia, si la persona con discapacidad no incapacitada judicialmente, posee o no suficiente capacidad de obrar para proceder a la efectiva y válida constitución del patrimonio (76).

Vistos los beneficiarios, que pueden coincidir o no con los sujetos constituyentes, es ahora el momento de revisar quién está autorizado legalmente para realizar aportaciones y cuáles son las condiciones materiales y el título de la dotación. En este punto, las notas características se refieren al absoluto protagonismo de la voluntad del beneficiario, ya que es requisito inexcusable, como se acaba de apuntar, contar con el consentimiento de la persona con discapacidad o el de sus representantes legales.

Contando con la mencionada anuencia, sujetos aportantes pueden ser tanto los interesados como un tercero. Es muy recomendable determinar en el documento de constitución el destino de los bienes cuando se extinga el patrimonio, en especial, en previsión de la pérdida sobrevenida del grado de minusvalía exigida por la Ley (77).

Por su parte, el objeto de las aportaciones puede consistir tanto en la asignación, de conformidad con el artículo 1, de bienes y derechos, como de sus frutos, productos y rendimientos. El momento de la aportación podrá ser simultánea a la constitución del patrimonio y sucesiva y posterior, exigiendo-

(75) Disposición Adicional primera de la Ley 41/2003.

(76) Vid., el artículo 145 del Reglamento, de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del notariado. También conviene mencionar que nada se ha previsto sobre la reducción de los aranceles, pese a la solemnidad exigida para su constitución.

(77) «Artículo 4. Aportaciones al patrimonio protegido. 1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución. 2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término. En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación pudiere acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. 3. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, Foral o Especial, que, en su caso, fueran aplicables».

se también para estas últimas los requisitos de la formalidad de la aportación constitutiva.

Por lo que al título se refiere, la Exposición de Motivos declara que «en todo caso, las aportaciones de terceros deberán realizarse siempre a título gratuito»; afirmación que se ve corroborada por el contenido del artículo cuarto en su punto segundo, «cualquier persona con interés... podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término». En su virtud, parece lo más razonable entender que cualquier aportación, independientemente de quién sea el sujeto titular del bien que se aporta, deberá hacerlo a título gratuito, excluyéndose por ende los supuestos de aportaciones de bienes o derechos de titularidad de la persona discapacitada a título distinto del gratuito o a término. *Sensu contrario* se podrán realizar aportaciones sometidas a condición o modales.

De modo que, tanto las aportaciones de tercero —y por tercero se entiende cualquier persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores, constituyentes del mismo, según el dictado legal—, como las de la persona con discapacidad, deberán realizarse a título gratuito. Nada impide porque nada se prevé, acerca de la aportación de bienes muebles o inmuebles sobre los que recaiga alguna garantía, o sobre cualquier género de aportación sobre cosa gravada o capaz de suscitar gastos. Se reclama el título de la aportación, no que la aportación esté libre de cargas, por lo que en su caso habrá que recurrir al sistema previsto en el Código Civil para las donaciones modales (78). Recapitulando parece, por tanto, que se podrá realizar cualquier tipo de aportación, siempre y cuando el gravamen que pese sobre el bien sea inferior al valor de lo donado, siendo de aplicación el contenido de los artículos 642 y 643 del Código Civil (79).

Las aportaciones, en definitiva, podrán ser dineradas y no dineradas; por lo que a estas últimas atañe, las modificaciones tributarias aparejadas por la Ley 41/2003, determinan unas especialidades en su tratamiento fiscal. En estos casos, la persona discapacitada titular del patrimonio protegido se

(78) Sobre esta cuestión y las donaciones remuneratorias, vid., DURAN RIVACOBÁ, *Donación de Inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 2003, 2.^a ed., págs. 66, 151 y sigs.

(79) «Artículo 642. Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado a pagar las que apareciesen contraídas antes». «Artículo 643. No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores. Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella».

subrogará en la posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados (80).

Por otra parte, la Ley prevé que la mencionada adscripción del bien que sea inscribible en cualesquiera de los Registros existentes quede, a su vez, anotada en el que corresponda. Este extremo, como otros ya mencionados, reclaman nuevamente la existencia del Reglamento de desarrollo de la Ley. Expresamente, la Ley prevé que pueda ser inscrito en el Registro Civil y en el de la Propiedad (81).

d) EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El régimen de la administración del patrimonio estará dispuesto por el sujeto constituyente o por tercero. En todo caso, como cuestión previa recogida en la propia Exposición de Motivos, el legislador no ha querido entrar en el deslinde y calificación de los actos de administración frente a los de disposición, declarando que «en cuanto a la administración del patrimonio, y el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición, se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su precedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio» (82).

Tanto el nombramiento como las facultades de la administración pueden recaer en el propio sujeto constituyente o un tercero nombrado por aquél (83). En todo caso, serán de aplicación los supuestos de autorización judicial de los

(80) Vid., artículo 16.4.a) y Disposición Transitoria novena del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

(81) «Artículo 8. Constancia registral. 1. La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta Ley se hará constar en el Registro Civil. 2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente. La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad. 3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior».

(82) Exposición de Motivos IV de la Ley.

(83) La norma no oculta la intención de favorecer la intervención de instituciones sin ánimo de lucro especializadas en la atención a personas con discapacidades.

artículos 271 (84) a 272 (85) del Código Civil, pero excluyéndose expresamente la subasta pública prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil (86). Este precepto ya ha sido aplicado analógicamente y ha permitido la enajenación de bienes del incapaz sin necesidad de que el procedimiento pase necesariamente por pública subasta.

En este sentido, en un procedimiento sobre enajenación de bienes del incapaz, se ha declarado que «de esta manera, entiende la Sala que la prescripción comprensiva de la innecesariedad de la pública subasta, así como de la no aplicación del Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, viene referida exclusivamente a la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, sin que, por tanto, suponga ni la derogación tácita del artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ni que este último precepto no pudiera aplicarse a las enajenaciones de menores o incapacitados. Sin embargo, y atendiendo a los razonamientos que anteriormente se explicitaron, sí se considera que el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, es susceptible de aplicación analógica en la medida en que, con el máximo rigor, en poco o en nada difiere la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de bienes de personas declaradas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las

(84) «Artículo 271. El tutor necesita autorización judicial: 1. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3. Para renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado. 4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8. Para dar y tomar dinero a préstamo. 9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado».

(85) «Artículo 272. No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial».

(86) Vid., sobre la tutela y las funciones del tutor en general, LEONSEGUI GUILLOT, «La tutela», en *Curso sobre la protección jurídica del menor*; Pous DE EA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coords.). Madrid, 2001, págs. 99 y sigs.

medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil» (87).

De las consideraciones antecedentes, la Audiencia estimó tanto la impugnación interpuesta por la hija y tutora del incapacitado, como la deducida por el Ministerio Fiscal, autorizándose la enajenación sin necesidad «de que se realice en pública subasta y sin perjuicio —como ya se ha indicado— de que el Juzgado de instancia adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil».

La supervisión tiene un ámbito de aplicación distinto al de la Administración. En principio, la Ley ha previsto la posibilidad de que se simultanee un doble sistema: de una parte, la supervisión de la administración que recae en el Ministerio Fiscal con carácter preceptivo y necesario (88); además de esta supervisión institucional cabe que el constituyente haya establecido un sistema adicional que, por tanto, tiene naturaleza no necesaria y voluntaria.

Por lo que se refiere a las obligaciones que en esta materia corresponderán al Ministerio Fiscal, afectan a dos tipos de actuaciones, según se refiera a la supervisión permanente y general o, la esporádica y concreta, que entrará en aplicación cuando las circunstancias singulares de un caso particular así lo exijan. En estos supuestos, el Ministerio Fiscal instará de oficio o a instancia de persona interesada (la Exposición de Motivos se refiere a cualquier persona) la adopción por el Juez de las medidas oportunas en aras de la mejor concreción de los fines para los que el patrimonio ha sido constituido.

En las competencias y actuaciones señaladas, la Fiscalía cuenta con el apoyo, auxilio y asesoramiento de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. La mencionada Comisión que, por prescripción legal tiene la condición de órgano externo de apoyo, ha sido desarrollada

(87) Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, núm. 28/2004 (Sección 1.^a), de 12 de marzo.

(88) Esta supervisión legal corresponde con el dictado del artículo 124 de la Constitución «1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

por el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, que concreta su composición, funcionamiento y funciones (89), Real Decreto modificado, a su vez, por el 2270/2004, de 3 de diciembre, que actualiza su composición a tenor de la reestructuración de los departamentos ministeriales, de una parte, y adscribe la Comisión al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad.

(89) La Exposición de Motivos declara sobre la supervisión, «aspecto fundamental del contenido de la Ley es el de la supervisión de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. El primer aspecto que destaca de esta supervisión es que el constituyente puede establecer las reglas de supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio que considere oportunas. En segundo lugar, la supervisión institucional del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, respecto del cual se prevén dos tipos de actuaciones, a saber: a) Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle. b) Una supervisión esporádica y concreta, ya que cuando las circunstancias concurrentes en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad. A estos efectos, el Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él. Por otro lado, la Ley crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, cuya función básica es ser un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las demás que reglamentariamente pudieran atribuírsele». Declaración que se traduce en el contenido del artículo 7. «1. La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza. El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido. 2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente. El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes. 3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y en la que participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública, más representativa en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad. La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente».

e) LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO; DESTINO DE LOS BIENES Y DERECHOS APORTADOS

Las causas que producirán por imperativo legal la extinción del patrimonio, son las siguientes:

- a) Por determinación judicial, cuando así convenga a los intereses de la persona con discapacidad;
- b) por muerte del beneficiario;
- c) por declaración de fallecimiento del beneficiario;
- d) o por dejar de padecer la minusvalía en el grado mínimo exigido.

En caso de que la extinción se produzca por muerte o declaración de fallecimiento, si no ha sido dispuesta otra cosa al realizar la aportación, la totalidad del patrimonio se entenderá por prescripción legal, comprendido en su herencia. Si la causa de extinción del patrimonio obedece a una pérdida sobrevenida de la condición prescrita en la Ley para ser titular, en estos supuestos el antiguo titular y beneficiario del patrimonio protegido continuará con la titularidad de los bienes adscritos al patrimonio, también salvo que haya sido acordado otro destino por quien o quienes realizaron las aportaciones en su momento.

De los datos anteriores, hay que destacar nuevamente la relevancia atribuida por el legislador a la autonomía de la voluntad privada del aportante, ya que el régimen previsto en el artículo sexto sólo será de aplicación si no ha sido dispuesto un régimen específico. El único límite al destino que se deba dar a los bienes aportados en caso de extinción de la masa especialmente protegida, se refiere a la observación contenida en el artículo cuarto *in fine*, que recuerda que será posible dar el destino previsto en el momento de la aportación, «siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, Foral o Especial que, en su caso, fueran aplicables».

En definitiva, el aportante deberá ser especialmente cuidadoso a la hora de acordar el destino que se deba dar a los bienes aportados (90). Gracias a

(90) «Artículo 6. Extinción. 1. El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley. 2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta Ley, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de Derecho Civil, Foral o Especial, que, en su caso, fueran aplicables. 3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos.

esta reversibilidad de la aportación, el otorgante garantiza que el bien o derecho en cuestión revierta nuevamente en su patrimonio, una vez cumplida la finalidad de atender al sujeto beneficiario.

f) EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA FISCALIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO: CONSIDERACIONES GENERALES

El tratamiento fiscal del patrimonio especialmente protegido favorece tanto su constitución como las fases subsiguientes (91). Es decir, hay exenciones también en posteriores aportaciones y en la aplicación de su producto para el cumplimiento de su fin. En todo caso, se combina la exención de aportaciones con la de la restitución de los bienes a sus aportantes (92).

La Ley atiende especialmente a las modificaciones tributarias en tres tributos:

- a) En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- b) En el Impuesto sobre Sociedades.
- c) En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Por lo que a las modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se refiere, afectan, a su vez, a la determinación de la capacidad económica sometida a gravamen. La primera modificación se refiere a la capacidad económica, y se concreta en la determinación de la base imponible y liquidable, donde se prevén expresamente las operaciones de reducción sobre la base imponible —recogiéndose las que se produzcan con ocasión de las aportaciones a patrimonios protegidos a personas con discapacidad—, que darán como resultado la liquidable (93).

conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta Ley. En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones».

(91) Vid. CORDÓN EZQUERRO, «Novedades introducidas en los impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre el patrimonio durante el año 2003», en *EF*, 252, 2004, pags. 3 a 52.

(92) El capítulo III de la Ley está dedicado a las modificaciones en esta materia, ha quedado afectada la determinación de la base liquidable en materia de IRPF, así como el nuevo régimen de las aportaciones, por lo que al contribuyente con discapacidad se refiere con un tratamiento fiscal diferente, según el aportante sea contribuyente del IRPF o del impuesto sobre Sociedades.

(93) Vid. el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Para la definición y determinación de la renta gravable, se concretan cuáles son los rendimientos íntegros del trabajo. Para ello, la Ley 41/2003 modifica el IRPF con la finalidad de determinar qué tratamiento fiscal merecen para la persona con discapacidad las aportaciones realizadas en favor de la masa patrimonial protegida. Es decir, como el titular y beneficiario es la persona con discapacidad, la Ley no podía olvidar cómo tendrá que contribuir con motivo de tales aportaciones. En este caso, las aportaciones al patrimonio protegido tienen distinto tratamiento fiscal para el contribuyente discapacitado, según hayan sido realizadas por sujetos pasivos del IRPF o del Impuesto de Sociedades (94).

A su vez, el tratamiento fiscal no olvida que las aportaciones pueden ser tanto dineradas como no dineradas; por lo que se refiere a estas últimas, y que en todo caso, la parte que tenga consideración de rendimientos del trabajo, no estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sometándose el resto al régimen de transmisiones a título lucrativo, según las reglas previstas en el IRPF. Conviene tener presente, en definitiva, que la persona discapacitada, titular de un patrimonio protegido, tendrá que rendir cuentas por el tributo de Sucesiones y Donaciones por el exceso no considerado renta del trabajo, siendo de aplicación las especialidades autonómicas.

(94) El nuevo párrafo cuarto del artículo 16 prevé: «4. Las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, regulado en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, tendrán el siguiente tratamiento fiscal para el contribuyente discapacitado: *a)* Cuando los aportantes sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo hasta el importe de 8.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en conjunto. Asimismo, y con independencia de los límites indicados en el párrafo anterior, cuando los aportantes sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo, siempre que hayan sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades con el límite de 8.000 euros anuales. Estos rendimientos se integrarán en la base imponible del contribuyente discapacitado titular del patrimonio protegido por el importe en que la suma de tales rendimientos y las prestaciones recibidas en forma de renta a que se refiere el apartado 3 del artículo 17 de esta Ley exceda de dos veces al salario mínimo interprofesional. Cuando las aportaciones se realicen por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a favor de los patrimonios protegidos de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, únicamente tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el titular del patrimonio protegido. Los rendimientos a que se refiere este párrafo *a)* no estarán sujetos a retención o ingreso a cuenta. *b)* En el caso de aportaciones no dinerarias, el contribuyente discapacitado titular del patrimonio protegido se subrogará en la posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados, pero sin que, a efectos de ulteriores transmisiones, le resulte de aplicación lo previsto en la Disposición Transitoria novena de esta Ley. A la parte de la aportación no dineraria sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se aplicará, a efectos de calcular el valor y la fecha de adquisición, lo establecido en el artículo 34 de esta Ley. *c)* No estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la parte de las aportaciones que tenga para el perceptor la consideración de rendimientos del trabajo».

En cuanto a los sujetos aportantes, distintos de la persona con discapacidad, también gozarán de reducciones fiscales: de modo que, para la determinación de la base imponible, podrán aplicarse las oportunas reducciones por las mencionadas aportaciones (95).

(95) Artículo 47 sexies. Reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas. 1. Las aportaciones al patrimonio protegido del contribuyente discapacitado efectuadas por las personas que tengan con el discapacitado una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, así como por el cónyuge del discapacitado o por aquellos que lo tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, darán derecho a reducir la base imponible del aportante, con el límite máximo de 8.000 euros anuales. El conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que efectúen aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido no podrá exceder de 24.250 euros anuales. A estos efectos, cuando concurren varias aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido, las reducciones correspondientes a dichas aportaciones habrán de ser minoradas de forma proporcional sin que, en ningún caso, el conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas físicas que realicen aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido pueda exceder de 24.250 euros anuales. 2. Las aportaciones que excedan de los límites previstos en el apartado anterior darán derecho a reducir la base imponible de los cuatro períodos impositivos siguientes, hasta agotar, en su caso, en cada uno de ellos los importes máximos de reducción. Lo dispuesto en el párrafo anterior también resultará aplicable en los supuestos en que no proceda la reducción por insuficiencia de base imponible. Cuando concurren en un mismo período impositivo reducciones de la base imponible por aportaciones efectuadas en el ejercicio con reducciones de ejercicios anteriores pendientes de aplicar, se practicarán en primer lugar las reducciones procedentes de los ejercicios anteriores, hasta agotar los importes máximos de reducción. 3. Tratándose de aportaciones no dinerarias se tomará como importe de la aportación el que resulte de lo previsto en el artículo 18 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades Sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo. Estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto en el aportante con ocasión de las aportaciones a los patrimonios protegidos. 4. No generarán el derecho a reducción las aportaciones de elementos afectos a la actividad que realicen los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que realicen actividades económicas. En ningún caso darán derecho a reducción las aportaciones efectuadas por el propio contribuyente discapacitado titular del patrimonio protegido. 5. La disposición en el período impositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes de cualquier bien o derecho aportado al patrimonio protegido de la persona con discapacidad determinará las siguientes obligaciones fiscales: *a)* Si el aportante fue un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dicho aportante deberá integrar en la base imponible del período impositivo en que se produzca el acto de disposición, las cantidades reducidas de la base imponible correspondientes a las disposiciones realizadas más los intereses de demora que procedan. *b)* Cualquiera que haya sido el aportante, el titular del patrimonio protegido que recibió la aportación deberá integrar en la base imponible del período impositivo en que se produzca el acto de disposición, la cantidad que hubiera dejado de integrar en el período impositivo en que recibió la aportación como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 16 de esta Ley, más los intereses de demora que procedan. En los casos en que la aportación se hubiera realizado al patrimonio protegido de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los trabajadores en régimen de tutela o acogimiento, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, por un sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades, la obligación descrita en el

En particular podrán aplicarse las máximas reducciones los aportantes que tengan con la persona con discapacidad una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado incluido. También integra la Ley en este grupo al cónyuge, a los tutores o a los guardadores de hecho (96). Ha de tenerse presente que están obligados a declarar quienes realicen aportaciones y que es necesaria la permanencia de los bienes al menos durante cuatro años para no perder los beneficios fiscales más los intereses de demora (97).

El Impuesto sobre Sociedades también recoge ciertas deducciones por las aportaciones empresariales a patrimonios protegidos. En este punto es especialmente relevante destacar que se trata de los primeros beneficios fiscales atribuidos a las empresas por razón de las ayudas concedidas a los descendientes de sus empleados (98). También goza de ventajas fiscales en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En este caso, las aportaciones estarán exentas de su pago, teniéndose que estar, en todo caso, a lo que la tributación autonómica determine en el ámbito de sus competencias.

Por otra parte, tanto la Ley como su Reglamento tendrán carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX sobre la incapacitación y X sobre la tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados del libro I del Código Civil. Contra esta disposición ha sido interpuesto recurso de inconstitucionalidad promovido por el

párrafo anterior deberá ser cumplida por dicho trabajador. c) A los efectos de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 43 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, el trabajador titular del patrimonio protegido deberá comunicar al empleador que efectuó las aportaciones, las disposiciones que se hayan realizado en el período impositivo. En los casos en que la disposición se hubiera efectuado en el patrimonio protegido de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los trabajadores en régimen de tutela o acogimiento, la comunicación a que se refiere el párrafo anterior también deberá efectuarla dicho trabajador. La falta de comunicación constituirá infracción tributaria simple, sancionable con multa de 100 a 800 euros. A los efectos previstos en este apartado, tratándose de bienes o derechos homogéneos, se entenderá que fueron dispuestos los aportados en primer lugar. No se aplicará lo dispuesto en este apartado en caso de fallecimiento del titular del patrimonio protegido, del aportante o de los trabajadores a los que se refiere el apartado 2 del artículo 43 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades».

(96) Por su parte, el ahora artículo 59 del IRPF, en particular su apartado quinto, ha entrado en vigor el 1 de julio de 2004 (al haber sido objeto de refundición el IRPF, el art. 47 sexies ha sido reenumerado en el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de mar/o).

(97) Vid., artículo 61 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio.

(98) Vid., ahora el artículo 43 del Impuesto sobre Sociedades, que se corresponde con el 36 quáter mencionado por la Ley 41/2003. La reenumeración responde también a la refundición del Impuesto sobre Sociedades, operada por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo; vid., asimismo su Reglamento aprobado por Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio.

Parlamento de Cataluña, habiendo sido admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 2004 (99).

La fundamentación del recurso se sustenta en la equívoca afirmación de la Exposición de Motivos: «la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8 de la Constitución Española y los diferentes Estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil».

La esencia del escrito de alegaciones del letrado del Parlamento de Cataluña se sustenta en la incidencia de la regulación estatal en la competencia de la Generalidad de Cataluña en materia de Derecho Civil. En resumen, al utilizar el legislador estatal dos títulos competenciales propios, legislación civil y hacienda general, su conjunción incide en la competencia de la Generalidad ya que, «al regularse la figura del patrimonio protegido en la Ley estatal, y preverse en la misma Ley unas ventajas fiscales que sólo puede reconocer el legislador estatal (...) implica que el legislador catalán puede regular la figura del patrimonio protegido (...) pero no puede regular los beneficios fiscales» ya que, en definitiva, la figura ha quedado vinculada a las ventajas de este tipo (100).

En todo caso, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias propias y en virtud de la cesión de tributos, han amparado con medidas fiscales el Patrimonio especialmente protegido. Además de la Comunidad Catalana, Navarra ha aprobado el siguiente mandato al Ejecutivo sobre recaudación de tributos «en el marco del Plan Integral de atención a las personas con discapacidad, durante el año 2004 el Gobierno de Navarra remitirá al Parlamento de Navarra un Proyecto de Ley Foral de modificación de la normativa tributaria en relación con la protección patrimonial de las personas con discapacidad» (101). De estos datos cabe prever la creación de un Estatuto de las personas con discapacidad en el ámbito propio de las Comunidades Autónomas, con la consiguiente mejora de las medidas fiscales y beneficios tributarios.

Si la valoración global de la política de protección patrimonial es favorable, tampoco se pueden obviar ciertos aspectos necesitados de reconsideración. Además de la falta de previsión sobre el régimen de responsabilidad de las deudas del patrimonio, cabe destacar otras deficiencias de carácter más global. En este punto, coincidiendo con el Dictamen que emitió el Consejo

(99) Recurso núm. 1.004/2004 (vid. *BOE*, núm. 102, de 27 de abril de 2004).

(100) *BOPC*, núm. 25, de 1 de marzo de 2004.

(101) Vid. Ley Foral Navarra 35/2003, de 30 de diciembre. Disposición Adicional undécima.

Económico y Social sobre esta norma, no cabe duda que un gran número de personas con discapacidad carece de patrimonio suficiente que les permita constituir el protegido por la Ley. Por ello, hay que favorecer «políticas tendentes a proteger y apoyar económicamente al colectivo de personas con discapacidad», si bien los «incentivos fiscales deben ser sólo una pieza e incardinarse de forma coherente dentro de un programa más amplio y general de protección de este colectivo, prestando especial atención a aquellas personas que tengan menor capacidad económica» (102).

g) OTROS ASPECTOS JURÍDICO-CIVILES DE LA LEY 41/2003:
LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL CÓDIGO CIVIL

Finalmente, la Ley 41/2003 —atendidas las apreciaciones formuladas por la Comisión General de Codificación— incluye otras modificaciones sobre discapacidad, capacidad de obrar e incapacidad judicial. Si bien no cabe sino su reseña, conviene destacar la regulación de la institución de la autotutela. Se pretende con ella garantizar la eficacia de las iniciativas del propio sujeto con discapacidad, en previsión de medidas que le afecten en su futura incapacidad. Este respeto a la determinación de la voluntad del futuro incapacitado justifica las reformas sobre las instituciones tutelares, así como la modificación procesal, autorizándole a la promoción de la demanda que pretenda su propia incapacidad. La Ley también incluye ciertas especialidades en el tráfico jurídico que afectan al derecho sucesorio, al permitir que la totalidad de la legítima recaiga en favor de los hijos con discapacidad como poseedores en calidad de herederos fiduciarios (103) y al derecho contractual al tipificar el contrato de alimentos (104).

Precisamente sobre el ámbito subjetivo de esta norma, es especialmente destacable la incorporación de una nueva Disposición Adicional cuarta en el Código Civil. Los términos aprobados son los siguientes: «la referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041,

(102) *Op. y loc. cit.*

(103) Vid. RUIZ-RICO MORÓN, «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», en *AC*, 4, 2004, págs. 357 a 369; CARRASCO PERERA, «Acoso y derribo de la legítima hereditaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 580, 2003.

(104) Vid., sobre la configuración jurisprudencial del, hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, contrato atípico de alimentos, así como el régimen jurídico legal previsto en el nuevo capítulo II del título XII del Libro IV del Código Civil que engloba los artículos 1.791 a 1.797, según LÓPEZ PELÁEZ, «El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 52, 2004, págs. 3 a 39.

se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad».

En consecuencia, la nueva causa séptima de incapacidad para suceder por causa de indignidad; la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda titular o, por último, la ampliación de ciertos gastos como no colacionables, requerirán del reconocimiento administrativo del grado de minusvalía.

En todo caso, su tenor literal hace que las anteriores instituciones civiles sean de aplicación a tres situaciones:

- a) Personas con discapacidad psíquica del 33 por 100;
- b) personas con discapacidad física o sensorial del 65 por 100 y,
- c) personas incapacitadas judicialmente por sentencia firme, siempre y cuando gocen de la acreditación de cualquiera de los grados y tipos de discapacidad señalados.

Esta Disposición fuerza, por tanto, a una lectura y aplicación de ciertos preceptos civiles de conformidad a criterios reglamentarios fijados en función de motivos económicos y presupuestarios (105). En definitiva, estas nuevas previsiones sucesorias del Código Civil quedan supeditadas al reconocimiento administrativo del grado de minusvalía, cuestión que como ya se ha mencionado no es definitiva, ya que puede ser objeto de revisión en los casos de probable mejoría o agravación (106).

4. MEDIDAS PRIVADAS PARA LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL: MODIFICACIONES DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NECESARIAS

a) LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO NOCIÓN GLOBAL

Como se ha dicho, las estrategias de intervención que han de operar en el ámbito personal y en el ambiental suponen la no discriminación mediante

(105) Por su parte, el pleno del Consejo General del Poder Judicial en el informe sobre el Anteproyecto de Ley, puso de manifiesto esta cuestión. Criticaba directamente la singularidad de la norma en sí misma que «pone la regulación del Código Civil en función de criterios político-administrativos susceptibles de estar determinados por razones puramente económicas o presupuestarias de carácter coyuntural, ya que administrativamente algún tipo de estas minusvalías puede considerarse con una afectación en porcentaje distinta según el momento y las repercusiones que toda índole pueda tener para la Administración en general» (vid., Informe del 9 de abril de 2003).

(106) Vid., *supra* artículo 11 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

accesibilidad universal, movilidad, y la supresión de barreras arquitectónicas (107). Desde esta perspectiva, la vida independiente significa eliminar barreras o construir entornos más practicables, diseño para todos y, en definitiva, la accesibilidad universal: entornos, servicios y productos.

El legislador, últimamente, ha pronunciado alguna de las medidas antes enunciadas, con la decidida intención de favorecer no sólo las condiciones personales sino ambientales de las personas con discapacidad. Es el caso de la accesibilidad universal, mediante la cual se superan políticas anteriores limitadas a la consecución de entornos más practicables y a la eliminación de barreras arquitectónicas.

La accesibilidad universal, en síntesis, es un concepto más ambicioso, ya que aboga por la homologación de diseños para todas las personas con o sin discapacidad. En todo caso, su alcance se concreta en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. La Ley modifica, entre otras, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, con la declarada intención de «obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente» (108).

b) LA REALIZACIÓN DE OBRAS NECESARIAS: INCLUSIÓN EXPRESA
DE LAS CONDICIONES DE ACCESIBILIDAD

El artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal incluye en su primer párrafo la obligación de los comuneros de realizar las obras necesarias de sostenimiento y conservación del inmueble y sus servicios. La Ley 51/2003, como única novedad en este primer punto del mencionado precepto, incluye la expresa consideración a la «accesibilidad».

(107) Sobre las barreras arquitectónicas y la evolución del concepto de accesibilidad, vid., DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, págs. 2 a 32; TEJEDOR MUÑOZ, «La eliminación de las barreras arquitectónicas en las Comunidades de Vecinos», en *El Consultor Inmobiliario*, 14, 2001, págs. 17 a 36, y «Legislación estatal y autonómica sobre discapacidad y barreras arquitectónicas en las Comunidades de Vecinos», Dossier Legislativo, en *El Consultor Inmobiliario*, 14, 2001, págs. 43 a 70; también CASADO y VALLS, *Análisis comparado de las normas autonómicas y estatales de accesibilidad*, Madrid, 1999, 2.^a ed.; ROCA DORDA, ROCA GONZÁLEZ y CAMPO ADRIÁN, «La accesibilidad total: un nuevo concepto en la superación de barreras» (I), en *Polibea*, 2002, págs. 31 a 36.

(108) Exposición de Motivos.

Esta especificación afecta directamente al ámbito objetivo del precepto. No es cuestión baladí determinar qué actuaciones se adscriben a la obligación de los comuneros de realizar «las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, *accesibilidad* y seguridad». Doctrina y jurisprudencia habían ido precisando su contenido, que alcanza las obras encaminadas a mantener la finca en perfecto estado de uso y disfrute y, en su caso, a impedir su deterioro (109).

En este punto, resulta necesario traer a colación la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y la determinación de los requisitos básicos de la edificación (110). Entre otros, se encuentra el de la funcionalidad. En su virtud, a los comuneros incumbe la obligación de mantener el inmueble en las debidas condiciones y éstas implican que la finca ha de satisfacer la «accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos en su normativa específica» (111).

(109) Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), Madrid, 2002, 2.ª ed., págs. 303 y sigs.

(110) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, 3, Contratos*, Madrid, 2004, 8.ª ed., pág. 333, y la bibliografía citada, en particular, SAN SEGUNDO MANUEL, *La recepción en el contrato de obra*, Madrid, 2001.

(111) El texto del artículo tercero de la Ley de Ordenación de la Edificación declara como «Requisitos básicos de la edificación. 1. Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes: a) Relativos a la funcionalidad: a.1) Utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio. a.2) Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica. a.3) Acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información, de acuerdo con lo establecido en su normativa específica. b) Relativos a la seguridad: b.1) Seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. b.2) Seguridad en caso de incendio, de tal forma que los ocupantes puedan desalojar el edificio en condiciones seguras, se pueda limitar la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los colindantes y se permita la actuación de los equipos de extinción y rescate. b.3) Seguridad de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas. c) Relativos a la habitabilidad: c.1) Higiene, salud y protección del medioambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. (.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

Con la nueva condición de accesibilidad habrá que estar a lo que la sociedad demande y los dictámenes prescriban como accesibilidad en la edificación (si incumbe al mantenimiento de las instalaciones ya existentes que se realizaron en su momento y que por el uso o por el transcurso del tiempo se han deteriorado). La comunidad, en todo caso, no puede olvidar que, en defecto de adopción de un acuerdo de esta naturaleza, si «por su consecuencia el inmueble deja de reunir alguna de sus condiciones de seguridad, salubridad u ornato público, la Administración competente (los Ayuntamientos) podrá ordenar su realización bien de oficio o a instancia de parte» (112).

En suma, en la habitabilidad ya se entendían común y legalmente (113) integradas las condiciones de acceso y movilidad de las personas al edificio, por lo que la mención expresa de la accesibilidad parece, ciertamente, redundante. En todo caso, también es cierto que, en ocasiones, la reiteración en las sucesivas redacciones normativas procura evitar elementos de debate o incorpora al texto positivo, extremos sobre los que hay relativo consenso (114). Por ello, el juicio crítico de su mención explícita no puede ser sino positivo, al disipar dudas acerca de su inclusión, o no, en el campo de los requisitos y condiciones del inmueble. Como concordancia, el último párrafo del artículo 10 amplía el ámbito y responsabilidad del deber de contribución a los gastos del edificio de sus copropietarios, al referirse tanto a los de conservación como, ahora expresamente, a los de realización de las obras de accesibilidad (115).

c.3) Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. c.4) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio. 2. El Código Técnico de la Edificación es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones, de tal forma que permite el cumplimiento de los anteriores requisitos básicos. Las normas básicas de la edificación y las demás reglamentaciones técnicas de obligado cumplimiento constituye, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, la reglamentación técnica hasta que se apruebe el Código Técnico de la Edificación conforme a lo previsto en la disposición final segunda de esta Ley. El Código podrá completarse con las exigencias de otras normativas dictadas por las Administraciones competentes y se actualizará periódicamente conforme a la evolución de la técnica y la demanda de la sociedad».

(112) PRATS ALBENTOSA, «El deber de conservación de los elementos comunes de la propiedad horizontal», en *RdP*, 5, 2000, págs. 59 a 74.

(113) Expresamente, desde la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación y a las edificaciones afectadas por la Ley.

(114) Tampoco se puede olvidar que el año 2003 estaba a punto de concluir y con él el Año Europeo de las Personas con Discapacidad [aprobado por Decisión del Consejo de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2001 (2001/903/CE)].

(115) «10.5. Al pago de los gastos derivados de las obras de conservación y accesibilidad a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales».

C) LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD
NECESARIAS PARA UN USO ADECUADO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
BENEFICIARIOS

Es ahora el momento de analizar la principal intención de la Ley 51/2003, y la imposición a la comunidad de la realización de cierto tipo de obras de accesibilidad. Pues bien, en este sentido, la última modificación sobre la Ley de Propiedad Horizontal supera, a su vez, la de Ley 15/1995, de 30 de mayo —que reguló los límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a personas con discapacidad—, y la de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de junio, sobre Propiedad Horizontal.

En puridad, la mencionada Ley 15/1995, ni modificaba ni derogaba las prescripciones de la Ley de Propiedad Horizontal, si bien alteraba profundamente su régimen (116), e introducía una novedad importante al ampliar el ámbito subjetivo de aplicación no sólo a las personas con discapacidad reconocida sino también a los mayores de setenta años (117). La segunda de las normas citadas (Ley 8/1999), por lo que a la discapacidad se refiere, no recogía expresamente la exigencia del reconocimiento del grado de minusvalía, por lo que aun de forma no unánime se había entendido suficiente la acreditación de la disfunción por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (118).

La última modificación de la Ley de Propiedad Horizontal pone fin a las mencionadas dudas doctrinales que, sobre los beneficiarios de la Ley 8/1999, se habían puesto de manifiesto. Señala no sólo a los propietarios, sino también a quienes «vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años» (según la redacción dada al nuevo art. 10.2 de la LPH) (119). En definitiva, y por lo que a la determinación del ámbito subjetivo se refiere, la valoración preliminar de esta reforma es positiva, al no dar lugar a las incertidumbres precedentes.

La gran novedad de este artículo 10, como se ha dicho, se refiere a su párrafo segundo. Dice éste, «asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presenten sus servicios altruistas o voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá

(116) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, 4, Propiedad y Derechos Reales de Goce*, Madrid, 2002, 4.^a ed., pág. 207.

(117) Vid. TEJEDOR MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 22.

(118) *Ibidem*, pág. 24, y las sentencias allí mencionadas como la de la Audiencia Provincial de Gerona de 15 de enero de 1999.

(119) Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al artículo 17 de la LPH», en *La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal*, Valladolid, 1999, pág. 333; CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 17 de la LPH», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 490.

obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

Es decir, la legitimidad para interesar los acuerdos o, en su caso la obra, siguen ostentándola, como no podía ser de otra manera, los propietarios de los inmuebles. La puntualización aprobada atiende a quiénes son sus beneficiarios. Éstos pueden ser, no sólo los propietarios, arrendatarios o precaristas de la vivienda en cuestión, sino cualesquiera personas que disfruten del inmueble por el hecho de residir (independientemente del título jurídico que les vincule con la finca o su titular), presten servicios (remunerados o no, estén sometidos al Derecho laboral o no) con el único requisito de que se trate de personas con discapacidad.

Conviene destacar este punto de la legitimación activa circunscrita al propietario, dado que, si a los comuneros se les puede forzar a incurrir en un gasto de adaptación, el legislador no ha querido conferir la iniciativa de la obra a quien no contribuye con su cuota a la asunción del gasto (120). Tampoco cabe del tenor literal del precepto que la iniciativa surja de otro u otros copropietarios, distinto de quien acoge en su piso a personas con discapacidad. Bien es cierto que, con esta limitación, se llegará a la paradójica consecuencia de que baste la oposición del propietario del piso utilizado por personas con discapacidad para que la obra no se pueda ejecutar (121). De lo dicho cabe inferir que contra la voluntad del propietario donde vivan, trabajen, o presten sus servicios personas con discapacidad o mayores de setenta años, no cabrá su adopción, con las puntualizaciones que se hacen más adelante.

d) EL REQUISITO DEL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE MINUSVALÍA:
DUDAS SOBRE SU EXIGIBILIDAD

Doctrina y jurisprudencia anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley 51/2003, no llegaban a una conclusión definitiva sobre la exigencia del reconocimiento administrativo del porcentaje de minusvalía. El juzgador bien podía dictaminar que no resultaba necesario, siendo el hecho

(120) Quizá sea éste uno de los campos en que el futuro arbitraje específico en materia de discapacidad tenga su ámbito (vid., art. 16 de la Ley 51/2003).

(121) Y es posible también que en la finca además convivan o trabajen en distintos pisos personas mayores de setenta años y/o con discapacidad. No tiene sentido que con que uno se oponga, los demás, aunque les asista el derecho, no puedan ver cumplidas sus expectativas de adaptación.

habilitante la realidad de su padecimiento, como en otras, desestimaba las peticiones fundándose en la falta de acreditación previa de la situación (122).

En esta ocasión, el legislador no aborda directamente la referida polémica dejándola por tanto al intérprete. Existen tantos argumentos para defender el reconocimiento previo como para sostener que no resulta preceptiva su concurrencia. En su literalidad, el legislador no ha querido hacer distinción, de modo que cabría sostener que si la ley no distingue no debería ser el intérprete quien lo haga.

Pero, por otra parte, si se revisan las leyes modificadas a su vez por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, hay que poner de manifiesto que todas se producen desde la exigencia del reconocimiento del grado de minusvalía (123). Así el propio artículo primero de la Ley determina su objeto, considerando personas con discapacidad: «aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100» (124). Ratifica este sentido no sólo la finalidad de la Ley —en esta ocasión se trata de una política sectorial como indica la intitulación oficial—, sino también su estructura y lógica interna (125), por lo que es más

(122) Vid., sobre esta cuestión, TEJEDOR MUÑOZ, *op. y loc. cit.* En particular, de entre las sentencias que recoge la de la Audiencia Provincial de Gerona, de 15 de enero de 1999, que estima el derecho sin necesidad de la acreditación de la condición de minusválido. También otras sentencias como la de la Audiencia Provincial de Asturias, de 3 de febrero de 1999, desestima la ejecución de las obras por la inexistencia del reconocimiento del grado de minusvalía. Vid., la Resolución de la última Audiencia, de 26 de enero de 2002. En aplicación de la reducción anterior a la reforma operada por la Ley 51/2003, vid. SAP de Madrid, de 13 de julio de 2004.

(123) Sabemos que el legislador recurre a la dudosa técnica de la modificación de una norma, que poco o nada tiene que ver con el objeto principal, vía disposiciones finales. Con ello sortea el largo procedimiento legislativo impuesto por los Reglamentos de las Cortes, quiebra la estructura unitaria de la norma que termina por regular materias absolutamente dispersas y sin ningún tipo de nexo común. Como muestra no muy lejana en el tiempo, la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Ley 23/2003, de 18 de julio, en su Disposición Final tercera modificaba el procedimiento de desahucio, cuestión absolutamente ajena al objeto de la norma claramente indicado en su intitulación oficial.

(124) Sigue el artículo primero diciendo que «en todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional», vid., también *supra* el contenido del artículo 58.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

(125) También exige el grado mínimo del 33 por 100 de minusvalía en relación con las medidas de fomento del empleo y modalidades de contratación (vid., la Dispo-

consecuente estimar la necesidad de acreditación de la minusvalía. Por ello, si la minusvalía es un concepto puramente reglamentario (126), requerirá, en definitiva, su certificación acreditativa previa (127).

sición Adicional cuarta de la Ley 51/2003, que a su vez modifica la Disposición Adicional sexta de Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

(126) La necesidad del reconocimiento del grado de minusvalía ha sido puesta de manifiesto de forma constante, así que cuando el legislador se refiere a personas con discapacidad es de aplicación el procedimiento aprobado al efecto por el Real Decreto 1971/1999. En este sentido, conviene detenerse en la sentencia que afirma: «interesa poner de manifiesto cómo en el plano internacional, el Convenio número 159 de la OIT proporciona una noción de inválido o "personas inválidas" muy genérica, pero dotada de un importante elemento formal, en ocasiones ignorado. Conforme a su artículo 1.º ha de incluirse en tal categoría a "toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida". El Estatuto de los Trabajadores prohíbe la discriminación de los trabajadores por razón de "disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales" (art. 4.2.c) y alude al trabajador minusválido a fin de contemplar ciertas particularidades en los contratos en prácticas y para la formación (art. 11) o a los trabajadores disminuidos para concordar el control de su rendimiento con la capacidad real que posean (art. 20.3). Pero *ninguna de estas normas laboral define qué debe entenderse en cada caso por trabajador minusválido o disminuido*, del mismo modo que suele pasarse de puntillas a la hora de precisar, con exactitud, *si se trata o no de conceptos equivalentes y si es necesario o no un previo reconocimiento oficial de tal cualidad en el trabajador afectado. La solución, por lo tanto, habrá de encontrarse en las normas específicamente reguladoras de la minusvalía*. Para la Ley General de la Seguridad Social, a su vez, no hay uno, sino varios conceptos de incapacidad. En la modalidad contributiva, se entiende por incapacidad permanente la situación del trabajador que, tras haberse sometido al correspondiente tratamiento, presenta «reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral» (art. 136.1). Por otro lado, y por lo que aquí interesa, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, atribuyó al Instituto de Servicios Sociales (IMSERSO), la competencia (transferida a las CCAA) en orden a la declaración de la condición de beneficiario, así como la de homologar las declaraciones de incapacidad realizadas por la Seguridad Social "a efectos de las certificaciones acreditativas de la condición de minusválido". En consecuencia, queda confirmado que el concepto de inválido o incapaz utilizado por las normas de Seguridad Social no puede equipararse al de minusválido y que ésta es una cualidad que sólo debiera predicarse de quienes previamente hayan obtenido una expresa declaración en tal sentido. Es lógico que así sea porque para la minusvalía se toman en cuenta no sólo las secuelas padecidas por el sujeto, sino también otros factores sociales complementarios de tipo social, cultural, etc.» [vid., sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 7.366/2003 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 21 de noviembre].

(127) Basándose en la redacción anterior, CARRASCO PERERA había concluido la necesidad de su acreditación, toda vez que «el juez civil no puede calificar la minusvalía administrativamente no declarada, aunque se den las condiciones que bastarían para obtener una calificación de minusvalía («Comentario al art. 17», en *Comentarios a la LPH*, cit., pág. 525). En contra, TEJEDOR MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 23. Por su parte, MAGRO SERVET, a la vista del texto del proyecto, concluye que la Ley 15/1995, de 30 de mayo, a su vez integra la normativa de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal «para complemen-

En definitiva, la ejecución de las obras de accesibilidad requiere de la correspondiente comunicación (o de la previa adopción del acuerdo) a la Comunidad, la certificación de minusvalía y de la acreditación del vínculo que une al propietario con el sujeto con discapacidad, y las técnico-urbanísticas (128). Sí es cierto que la oposición de la comunidad a la iniciativa del propietario que quiere beneficiar a las personas que se encuentren disfrutando de su piso tiene escasas posibilidades de éxito. En todo caso, sólo serviría para retrasar la ejecución del acuerdo y, por otra parte, cabría alegar la jurisprudencia menor que ha sentado que el hecho que ampara la realización de las obras es la minusvalía que se padece y no su reconocimiento (129).

e) MAYORÍAS E IMPUTACIÓN DE LOS GASTOS PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NECESARIAS PARA EL USO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En justa concordancia con las prescripciones del nuevo párrafo segundo, el artículo 11 ha sido objeto de modificación al incluir que «cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes» (130).

tarla a la hora de establecer quiénes están legitimados para solicitar la realización de estas obras. Es decir, que la afectación se circunscribe a dos parámetros: haber alcanzado la edad de setenta años o tener la consideración administrativa de discapacitado, dos componentes que comportan un claro matiz objetivable y fácil de demostrar» («Repercusión en la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», en *Diario La Ley*, 5.797, 2003).

(128) La Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre los límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a personas con discapacidad, no ha sido expresamente derogada. De modo, que el procedimiento de ejecución que prevé, persiste. Nuevamente —como hizo con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que no abrogó el procedimiento de la Ley 15/1995—, el legislador ha preferido no derogar expresamente esta norma. Con ello deja en vigor el procedimiento para ejecutar obras en contra de la comunidad, siempre y cuando el peticionario asuma la totalidad de los gastos de adaptación (vid., su comentario ROMERO REY, «Minusválidos y Propiedad Horizontal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1997; vid., también, SOLA PASCUAL, «Instalación de ascensor en edificio comunitario: ¿Deben pagar todos los propietarios?», en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, 33, 2001).

(129) En este sentido, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 15 de enero de 1999, recogida por TEJEDOR MUÑOZ, *op. y loc. cit.*

(130) El régimen de las mayorías, según la redacción inmediatamente anterior, operada por la Ley 8/1999, se resume en la siguiente resolución judicial: «a este respecto ha de señalarse que la unanimidad se requiere en supuestos excepcionales, en los que se vean afectados el Título constitutivo de la Propiedad Horizontal o los Estatutos de la Propiedad, en tanto que el establecimiento o supresión de servicios de interés general requerirá el voto favorable de las tres quintas partes de los propietarios que, a su vez, representen las

En síntesis, el régimen establecido por la Ley 51/2003 exige, para la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes para un uso adecuado a personas con discapacidad, combinar el régimen de los acuerdos, la imputación del gasto y traer a colación la Ley 15/1995, de 30 de mayo, o normativa comunitaria aplicable. De modo que:

- a) Si el gasto no supera el límite de las tres mensualidades, la comunidad vendrá obligada tanto a su realización —con o sin acuerdo—, como a su pago, previa comunicación del propietario del piso donde se encuentren las personas con discapacidad.
- b) Si el gasto supera el límite de las tres mensualidades, la ejecución de la obra exigirá el acuerdo válidamente adoptado por la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. Si la Junta presta su consentimiento a las obras quedarán, en todo caso, los comuneros obligados al pago de la totalidad de los gastos, aún cuando éstos superen el límite de las tres mensualidades.
- c) En los casos en que los gastos superen el límite de las tres mensualidades y la comunidad decida no adoptar el acuerdo de su ejecución, a las personas con discapacidad les cabe ejecutar el procedimiento para eliminar barreras arquitectónicas de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, o el articulado por cada Comunidad Autónoma en el ámbito de su competencia (131). Los gastos originados por la adecuación de la finca correrán a cargo del solicitante.

tres quintas partes de las cuotas de participación. En este grupo incluye la norma anterior al servicio de ascensor, portería, conserjería y vigilancia, incluso cuando supongan la modificación del Título constitutivo o de los Estatutos, y también el arrendamiento de elementos comunes que no tenga asignado un uso específico en el inmueble. Por último, bastará el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por objeto la supresión de barreras arquitectónicas, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo. Los restantes acuerdos que no tengan estas finalidades específicas podrán adoptarse por el voto de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen a la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes. (...) Así son de recordar las obras de construcción de una rampa para uso de personas afectadas de minusvalías o simplemente ancianas, o afectadas por algún traumatismo que implique limitación temporal de movimientos, o bien simplemente para el paso de coches para bebés, carritos de compra, maletas, o cualesquiera otros elementos provistos de algún tipo de rodamientos cuyo transporte por la escalera fuera difícil o molesto» [vid., sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, núm. 199/2003 (sección 8.ª), de 14 de abril], vid., SAP de León de 7 de mayo de 2004.

(131) Esta norma, que no ha sido expresamente derogada, en su Disposición Adicional única prescribe que «La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.8 de la

El presupuesto de las obras de adaptación generalmente superará el límite de las tres mensualidades, por lo que al titular del piso donde se encuentren personas mayores de setenta años o/y con discapacidad, le cabe persuadir a la comunidad de que apruebe las obras y asuma el gasto. Es poco probable que las Juntas aprueben la realización de obras que les supone incurrir en gastos que pueden evitar. Por otra parte, la terminante declaración del artículo 11.3 impide que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, los comuneros decidan asumir un límite distinto del gasto. En definitiva, el titular del piso en cuestión podrá interesar, si él mismo no se encuentra calificado con un grado de minusvalía, de las personas con discapacidad que estén en la vivienda o piso, que ejecuten las obras a costa de quienes padezcan la deficiencia.

5. CONSIDERACIONES FINALES

a) LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Finalmente, las políticas de la Unión y de los derechos internos de sus miembros tienen como razón última aprobar un documento de carácter internacional (132). Esta intención ha sido ratificada por el Congreso de los Diputados, que entiende necesario el apoyo «a los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para aprobar en el menor tiempo posible una Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad,

Constitución y será de aplicación en defecto de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, de conformidad con lo establecido en los Estatutos de Autonomía». Vid., entre otras, la Orden de la Comunidad Valenciana, de 9 de junio de 2004, de la Consejería del Territorio y Vivienda, por la que se desarrolla el Decreto 39/2004, de 5 de marzo, del *Consell de la Generalitat*, en materia de accesibilidad en el medio urbano; Decreto 8/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción de la Accesibilidad en Extremadura; Decreto 20/2003, de 28 de febrero, de la Comunidad Balear, que aprueba el Reglamento de Supresión de Barreras Arquitectónicas; Decreto 217/2001, de 30 de agosto, de Castilla y León, por el que se aprueba el Reglamento de Accesibilidad y Supresión de Barreras; Decreto 135/1995, de 24 de marzo, que desarrolla la Ley de 25 de noviembre de 1991, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas y que aprueba el código de accesibilidad de la Generalidad Catalana.

(132) Vid. «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas, de 26 de marzo de 2003», y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo», de 25 de febrero de 2004, cabe reseñar que son objeto prioritario de políticas presentes y de futuro.

que sitúe definitivamente a la discapacidad en la esfera internacional en el terreno de los derechos humanos» (133).

En suma, con la futura adopción de una Carta internacional, se constatará que los derechos de las personas con discapacidad no son nuevos derechos sino que sencillamente exigen la adaptación de los derechos humanos de carácter civil, social, económico y cultural (134). Es el derecho a la no discriminación (135) y la superación del enfoque médico por su tratamiento social.

b) EL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE MINUSVALÍA COMO CATEGORÍA QUE DA ACCESO A LAS MEDIDAS PROTECTORAS DE DERECHO CIVIL

Tanto las modificaciones operadas sobre la Ley de Propiedad Horizontal como las realizadas en el Código Civil con ocasión de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial, ponen de manifiesto una cuestión que afecta al ámbito subjetivo de aplicación de las normas antedichas. En ambos casos, el

(133) Vid. COMISIÓN DE POLÍTICA SOCIAL Y EMPLEO DEL CONGRESO, «Informe de la Subcomisión sobre el estudio de la situación actual de la discapacidad y perspectivas de futuro», en *BOCG*, serie D, 640, de 16 de diciembre de 2003, pág. 22.

(134) Vid., ATAM, «Clausura del Año Europeo de las Personas con Discapacidad», en *Atam*, 11, 2004, págs. 1 a 4; MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, «Conclusiones sobre 2003: Año Europeo de las Personas con Discapacidad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 50, 2004, págs. 179 a 187; ALONSO SECO y ENTRENA PALOMERO, *Conclusiones de las Jornadas Universitarias sobre Discapacidad y Derechos Humanos. Facultad de Derecho y Fundación Aequitas*, Madrid, 11 de julio de 2003; DURAN LALAGUNA, «El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de las Naciones Unidas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 45, 2003, págs. 109 a 118; ERÓLES y FERRERES (Compl.), *La discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, Buenos Aires, 2002; RELATOR ESPECIAL DE LA COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL, *Informe relativo a las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su segunda misión, 1997-2000*; DESPOUY, *Los derechos humanos y las personas con discapacidad*, Ginebra, 1993.

(135) La no discriminación supone, como dice el artículo 37.3 de la Ley 13/1982, de 14 de abril, la no existencia de dificultades adicionales. El mencionado artículo diferencia la directa e indirecta: «existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad». En el párrafo siguiente se describe la indirecta: «existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 37 bis de esta Ley, para eliminar las desventajas que supone esta disposición, cláusula, pacto o decisión» (según la redacción operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre).

legislador adopta decididamente un nuevo rumbo convirtiendo en beneficiarios y protagonistas a las personas con discapacidad, estén o no incapacitadas judicialmente.

En definitiva y por lo que al Derecho Civil importa, se introduce una categoría hasta ahora vinculada básicamente al Derecho Laboral y de la Seguridad Social, como es la discapacidad y la minusvalía. Con ello se consigue unificar la llave de cualesquiera medidas protectoras públicas o privadas, que ahora exigen el reconocimiento administrativo previo del grado de minusvalía. No sólo se somete la aplicabilidad de las normas civiles a un criterio puramente administrativo y susceptible de modificación por criterios políticos, sino también se adivina un incremento de la presión por conseguir cuanto mayor grado de discapacidad y con ello auguramos un probable crecimiento del número de peticiones y reclamaciones sobre los grupos encargados de dictaminar las minusvalías. Por tanto, en el tratamiento general de la persona, su capacidad jurídica y de obrar se ha de incluir un concepto procedente de otras ramas del Derecho que no puede ser desconocido y que corre paralelo a la incapacitación.

DOCUMENTACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, *Derecho Civil I*, Barcelona, 2002, 15.^a ed.
- ALONSO SECO y ENTRENA PALOMERO, *Conclusiones de las Jornadas Universitarias sobre Discapacidad y Derechos Humanos*. Facultad de Derecho y Fundación Aequitas, Madrid, 2003.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*. Prólogo de MARTÍN-RETORTILLO, Madrid, 1997.
- «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en *Trabajo y protección social del discapacitado*, ROMERO RODENAS (Coord.), Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, 2003.
- ÁLVAREZ PRIETO y ROJO ALCALDE (Selecc.), «Acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Series estadísticas de los años 1985-1992», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001.
- ANDREU ABELA, ORTEGA RUIZ y PÉREZ CORBACHO, «Sociología de la Discapacidad. Exclusión e inclusión social de los discapacitados», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 45, 2003.
- ATAM, «Clausura del Año Europeo de las Personas con Discapacidad», en *Atam*, 11, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Aranzadi Civil*, 16, 2003.
- BLASCO LAHOZ, «La protección de la dependencia: un seguro social en construcción», en *Aranzadi Social*, 11, 2003.
- CABRA DE LUNA, «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y accesibilidad universal como ejes de una nueva política

- a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 50, 2004.
- CARDONA RUBERT, LÓPEZ I MORA y SARAGOSSÁ Y SARAGOSSÁ, «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas», en *Trabajo y protección social del discapacitado*, ROMERO RODENAS (Coord.), Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, 2003.
- CARRASCO PERERA, «Acoso y derribo de la legítima hereditaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 580, 2003.
- «Comentario al artículo 17 de la Ley de la Propiedad Horizontal», en *Comentarios a la Ley de la Propiedad Horizontal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2002, 2.^a ed.
- CASADO, «Crónica del XVII Seminario Iberoamericano sobre Discapacidad y Comunidad Social», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2003.
- «Conceptos sobre la discapacidad. Apuntes», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001.
- CASADO Y VALLS, *Análisis comparado de las normas autonómicas y estatales de accesibilidad*, Madrid, 1999, 2.^a ed.
- COMISIÓN DE POLÍTICA SOCIAL Y EMPLEO DEL CONGRESO, «Informe de la Subcomisión sobre el estudio de la situación actual de la discapacidad y perspectivas de futuro», en *BOCG*, serie D, 640, de 16 de diciembre de 2003.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en España*, Madrid, 2003.
- CORDÓN EZQUERRO, «Novedades introducidas en los impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre el patrimonio durante el año 2003», en *EF*, 252, 2004.
- COSSIO, «La teoría del patrimonio», en *Estudios en homenaje al profesor Serrano*, Valladolid, 1965.
- DESPOUY, *Los derechos humanos y las personas con discapacidad*, Ginebra, 1993.
- DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, I*, Madrid, 2002, 10.^a ed.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal*, Valladolid, 1999.
- «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, págs. 2 a 32.
- DURAN LALAGUNA, «El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de las Naciones Unidas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 45, 2003.
- DURAN RIVACOBA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 2003, 2.^a ed.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2002, 2.^a ed.
- EGEA GARCÍA y SARABIA SÁNCHEZ, «Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001.
- ERÓLES y FERRERES (Comp.), *La discapacidad: una cuestión de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2002.

- ESBEC RODRÍGUEZ, GÓMEZ-JARABO y NEVADO BRAVO, *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*, Madrid, 2000.
- FAIRÉN MARTÍNEZ, «Patrimonio y responsabilidad patrimonial», en *RDN*, 1962.
- GALLEGO CÓRCOLES, «El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía», en *Trabajo y protección social del discapacitado*, ROMERO RODENAS (Coord.), Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, 2003.
- GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ MILLÁN y PÉREZ BUENO (Coords.), *Las múltiples dimensiones de la discapacidad. Estudios en homenaje a Ruiz, Ortega*, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ POVEDA (Coord.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, 22, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ LARA y CASADO (Selecc.), «Estadísticas epidemiológicas de la discapacidad», en *Boletín del Real Patronato*, noviembre de 2001.
- (Coord.), *La discapacidad en cifras*, Madrid, 2002.
- JIMÉNEZ LARA y HUETE GARCÍA, *La discapacidad en España: datos epidemiológicos: aproximación desde la encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud de 1999*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002 y 2003, 2.^a ed.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, 1*, Madrid, 2004, 8.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil, 3, Contratos*, Madrid, 2004, 10.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil, 4, Propiedad y Derechos Reales de goce*, Madrid, 2002, 4.^a ed.
- LEÑA FERNÁNDEZ, *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997.
- LEONSEGUI GUILLOT, «La tutela», en *Curso sobre la protección jurídica del menor*, POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coords.), Madrid, 2001.
- LÓPEZ PELÁEZ, «El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004.
- LUCINI NICAS, «La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria», en *AC*, 14, julio de 2004, págs. 1621 a 1634.
- MAGRO SERVET, «Repercusión de la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», en *Diario La Ley*, 5.797, 2003.
- MARTÍN SANTIESTEBAN, «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿un acercamiento al trust?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 612, 2004.
- MARTÍNEZ DÍE, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en GONZÁLEZ POVEDA (Coord.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, 22, Madrid, 1999.
- (Dir.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, «Conclusiones sobre 2003: Año Europeo de las Personas con Discapacidad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 50, 2004.
- *Libro Blanco de la Dependencia*, Madrid, 2005.
- MUÑOZ DE DIOS, «El patrimonio del discapacitado», MARTÍNEZ DÍE (Dir.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000.

- OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES (IMSERSO), *Servicios sociales para personas mayores en España*, Madrid, 2004.
- PÉREZ JIMÉNEZ, «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *AC*, 21, 2004, págs. 2540 a 2558.
- PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *AC*, 15, septiembre de 2004.
- PÉREZ MENAYO, «Prestaciones de dependencia: situación comparada en la UE», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 47, 2003.
- POLIS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coords.), *Curso sobre la protección jurídica del menor*, Madrid, 2001.
- PRATS ALBENTOSA, «El deber de conservación de los elementos comunes de la propiedad horizontal», en *RdP*, 5, 2000.
- REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, *Líneas de actuación estratégicas*, 2004.
- RED VEGA, *El acceso a los estudios superiores de las personas con discapacidad física y sensorial*, Valladolid, 2002.
- RELATOR ESPECIAL DE LA COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL, *Informe relativo a las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su segunda misión, 1997-2000*.
- RIVERA ÁLVAREZ, «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 50, 2004.
- ROMERO RODENAS (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, 2003.
- ROCA DORDA, ROCA GONZÁLEZ y CAMPO ADRIÁN, «La accesibilidad total: un nuevo concepto en la superación de barreras», en *Polibea*, 2002.
- RODRÍGUEZ CABRERO y MARBÁN GALLEGO, *El gasto público en discapacidad 1991-2000 (Administraciones Centrales y Comunidades Autónomas)*, Madrid, 2002.
- ROMERO REY, «Minusválidos y Propiedad Horizontal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1997.
- RUIZ-RICO MORÓN, «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», en *AC*, 4, 2004, págs. 357 a 369.
- SAN SEGUNDO MANUEL, *La recepción en el contrato de obra*, Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ REYERO, «El discapacitado ante el Derecho Civil y Fiscal contemporáneo», en *Información jurídica*, 49, junio de 2004.
- SERRANO GARCÍA (Coord. y Dir.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003.
- SOLA PASCUAL, «Instalación de ascensor en edificio comunitario: ¿Deben pagar todos los propietarios?», en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, 33, 2001.
- TEJEDOR MUÑOZ, «La guarda y el acogimiento de menores», en *Curso sobre la protección jurídica del menor*, Pous DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coords.), Madrid, 2001.
- TEJEDOR MUÑOZ, «La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de Vecinos», en *El Consultor Inmobiliario*, 14, 2001.

- «Legislación estatal y autonómica sobre discapacidad y barreras arquitectónicas en las Comunidades de Vecinos», Dossier legislativo, en *El Consultor Inmobiliario*, 14, 2001.
- TORRES DEL MORAL Y VILLARRUBIA, «La constitucionalización de los derechos del minusválido», en *RFDUC*, 2, monográfico, 1980.
- VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales de la discapacidad», en *La protección jurídica del discapacitado*, SERRANO GARCÍA (Coord. y Dir.), Valencia, 2003.
- VIDA SORIA, «Comentario al artículo 49 de la Constitución Española. Protección de los disminuidos físicos», ALZAGA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, IV, Madrid, 1984.
- ZURITA MARTÍN, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

A) *Tribunal Constitucional*

- Sentencia núm. 269/1994, de 3 de octubre.
Sentencia núm. 141/2003, de 14 de julio.
Providencia de 13 de abril de 2004.

B) *Tribunal Supremo*

- Auto de 19 de diciembre de 2002 (Sala especial de conflictos).
3 de junio de 1995 (Sala de lo Social).
9 de febrero de 1996 (Sala de lo Social).
23 de febrero de 1996 (Sala de lo Social).
22 de marzo de 1996 (Sala de lo Social).
27 de diciembre de 1997 (Sala de lo Social).
17 de diciembre de 2001 (Sala de lo Social).
24 de diciembre de 2001 (Sala de lo Social).
14 de mayo de 2003 (Sala de lo Civil).

C) *Tribunales Superiores de Justicia*

- 30 de abril de 2003 (Navarra).
21 de noviembre de 2003 (Cataluña).
28 de noviembre de 2003 (Asturias).
10 de septiembre de 2002 (País Vasco).
8 de marzo de 2001 (Madrid).

D) *Audiencias Provinciales*

- 15 de enero de 1999 (Gerona).
- 3 de febrero de 1999 (Asturias).
- 26 de enero de 2002 (Asturias).
- 6 de mayo de 2002 (Ciudad Real).
- 15 de noviembre de 2002 (Valladolid).
- 15 de enero de 2003 (Badajoz).
- 14 de abril de 2003 (Sevilla).
- 9 de marzo de 2004 (Cádiz).
- Auto de 12 de marzo de 2004 (Cáceres).
- 12 de marzo de 2004 (Santa Cruz de Tenerife).
- 7 de mayo de 2004 (León).
- 13 de julio de 2004 (Madrid).

RESUMEN

El legislador español, con ocasión del «Año Europeo de las Personas con Discapacidad», ha dictado un buen número de Disposiciones sobre la materia. De entre ellas vamos a destacar las novedades que afectan directamente al Derecho Civil. En particular, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad, ha otorgado carta de naturaleza al patrimonio especialmente protegido. Además de tipificar la autotutela y alterar el sistema de legítimas, la Ley dota de estatuto jurídico a esta masa patrimonial sin personalidad, destinada a la satisfacción de las necesidades presentes y futuras de sus beneficiarios. En este punto conviene tener presente que quien pretenda gozar de sus beneficios tendrá que acreditar un grado de minusvalía psíquica reconocida del 33 por 100, porcentaje que asciende al 65 por 100 para las personas físicas con minusvalías físicas o sensoriales; también ampara la Ley a quienes hayan sido incapacitados por sentencia judicial firme, siempre y cuando ostenten la acreditación administrativa de los mencionados tipos y grados de discapacidad.

Por su parte, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad modifica, a su vez, la Ley de Propiedad Horizontal. Los aspectos que se han visto afectados se refieren a las obligaciones de los comuneros y al régimen de mayorías requerido para la adopción de ciertos acuerdos. Así, la accesibilidad universal se traduce para estas comunidades de vecinos en régimen de propiedad horizontal, en la preceptiva asunción de las obras cuyo

importe no exceda de tres mensualidades y en la obligatoriedad de realización de las adaptaciones arquitectónicas necesarias para un uso adecuado a las personas con discapacidad. Este último aspecto puede significar que si se aprueba su ejecución, aunque el coste supere el límite antes señalado, su importe total sea distribuido, sea cual sea, entre todos sus miembros en proporción a sus cuotas. En todo caso, la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal incorpora expresamente como beneficiarios finales de las obras a personas con discapacidad o mayores de setenta años.

Las consideraciones finales del trabajo se refieren al tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad como derechos humanos, en el entendido de que no se trata de crear un nuevo repertorio de derechos, sino de que éstos se concreten en el ejercicio de la no discriminación. También quiere destacarse que en el caso español, los dos principales mecanismos legislativos para la protección civil de las personas con discapacidad exigen que el sujeto en cuestión se haya sometido al procedimiento administrativo para el reconocimiento del grado y tipo de minusvalía correspondiente.

En suma, cobra especial relevancia el ámbito subjetivo de las recientes normas de protección civil a la discapacidad, determinado en función de criterios reglamentarios y administrativos, procedentes de campos ajenos al Derecho Civil. En definitiva, se incorpora una noción hasta ahora inédita en el estudio general de la persona, su capacidad jurídica y de obrar. Pronosticamos una nueva línea jurisprudencial que supere la desestimación de la alegación del grado de minusvalía como fundamento de la incapacitación judicial por no vincular al Juez ni cumplir con las exigencias del artículo 200 del Código Civil. La jurisprudencia menor tiende a declarar la procedencia de la incapacitación, con alcance pleno o relativo, si concurre la acreditación previa de la minusvalía igual o superior al 65 por 100. De lo dicho hasta ahora cabe augurar el acercamiento de instituciones de origen, finalidad y tratamiento dispar, como de hecho ya ha avanzado la normativa tributaria, que otorga la condición de personas con discapacidad y considera acreditada una minusvalía igual o superior a un 65 por 100 a las personas incapacitadas judicialmente.

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil de la UNED
Secretaría IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis
del Derecho de Familia en España)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Consideraciones procesales sobre documentos electrónicos y firma electrónica (*)

1. Estas consideraciones se articulan en torno al análisis de dos leyes: la Ley 34/2002, de 11 de julio, «de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico» y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (en adelante, LFE). Ni que decir tiene que el análisis de los preceptos pertinentes de esos dos textos legales se hará confrontando su tenor con otras normas jurídicas y, desde luego, con la realidad técnica de los documentos y de las firmas calificables de electrónicos.

2. Comenzaremos por la Ley 34/2002, de 11 de julio. Su artículo 24 se ocupa de la «prueba de los contratos celebrados por vía electrónica», en los siguientes términos:

«1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica».

«2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental».

3. Es éste, nos parece, un precepto polifacéticamente erróneo. En primer lugar, y aunque se trate de un detalle menor, resulta tan obvia como inútil la disposición que afirma la sujeción de la prueba de la celebración de un contrato a las «reglas generales del ordenamiento». Esto necesariamente ha de ser

(*) Ponencia presentada el día 19 de octubre de 2004, por invitación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, al 2.º Congreso Nacional de Registradores de España, celebrado en Santiago de Compostela, del 18 al 20 de octubre de 2004.

así, se celebre el contrato por vía electrónica o por medio de señales luminosas o de humo, o mediante exhibición y movimiento de diversas banderas, o por transmisión de ciertos ruidos, etc.

En segundo término es de señalar que si se consideran los más frecuentes contratos celebrados hoy por «por vía electrónica», se advertirá que, en caso de incumplimiento o de otras vicisitudes que hayan de ventilarse judicialmente, lo más fácil e incluso lo único posible, al menos para una de las partes, es aportar un papel, que sin duda es un documento convencional, aunque materialice una transacción llevada a cabo por conexión electrónica.

Así le ocurre al comprador, en no pocos casos de compraventas llevadas a cabo por conexión electrónica: compraventas a través de «internet» o redes semejantes, disposición de dinero mediante tarjeta en los denominados «cajeros electrónicos», etc.

En estos casos, la parte compradora difícilmente podrá disponer del soporte electrónico mismo y lo mismo hay que decir de las operaciones de retirada de fondos en cajeros electrónicos, sea a crédito o por disposición del dinero depositado en cuentas bancarias o cartillas. Los papeles correspondientes a esos negocios jurídicos son, sin duda, una posible prueba documental, pero no son «soportes electrónicos», que, si acaso, podría aportar la parte vendedora o la entidad de crédito.

4. Es de notar, por lo demás, que si se dispone de un soporte electrónico, éste se puede aportar al proceso sin ninguna necesidad de considerarlo prueba documental, porque se trata de un medio de prueba distinto, expresamente previsto en el apartado 2 del artículo 299 LEC: «instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras», etc.

Esta precisión no es doctrinaria pero irrelevante. Porque si bien la discusión sobre el encaje del «soporte electrónico» en los tipos de medios de prueba carece de consecuencias prácticas respecto del momento de aportación, sí tiene esas consecuencias en cuanto al modo de examinar y apreciar el instrumento probatorio. Tanto los documentos como los soportes electrónicos han de aportarse al tiempo de realizar los principales actos de alegaciones (demanda, contestación...), pero el soporte electrónico, a diferencia del documento, en vez de examinarse directamente por las partes y el tribunal, ha de ser tratado conforme a lo previsto en el artículo 384 LEC (1).

(1) Que reproducimos para comodidad del lector: «1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga».

5. En cuanto a la LFE, son de importancia, ante todo, las normas, verdaderamente básicas, del artículo 3, por las que se define la firma electrónica y dos especies de ella, la firma electrónica *avanzada* (o «simple», cabría añadir) y la firma electrónica *reconocida*, que es una especial firma electrónica avanzada.

Los tres primeros apartados del citado precepto legal disponen lo siguiente:

«1. La *firma electrónica* es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante».

«2. La firma electrónica *avanzada* es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control».

«3. Se considera *firma electrónica reconocida* la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma».

La diferencia entre la firma electrónica avanzada «simple» y la firma electrónica «reconocida» estriba en dos elementos de esta última:

1.º La intervención de un *dispositivo seguro de creación de firma electrónica* (no manipulable ni alterable por otra persona distinta del firmante: cfr. art. 24 LFE).

2.º La existencia de un *certificado reconocido*.

6. Conforme al artículo 11 LFE, los certificados reconocidos son certificados electrónicos expedidos por un «prestador de servicios de certificación» (personas físicas y, sobre todo, jurídicas) que garantizan la comprobación de la identidad del firmante, la autenticidad e integridad del texto firmado, así como la confidencialidad en la creación, almacenamiento y comunicación del texto.

Cabe decir —en una simplificación necesaria— que la firma electrónica reconocida consiste en dos claves, relacionadas entre sí, propias de cada firmante: la privada y la denominada pública, creadas mediante algoritmos mate-

«2. Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial. que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias».

«3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza».

El apartado 2 del artículo 382 LEC es del siguiente tenor literal: «2. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido».

máticos. La primera sólo es conocida por el titular de la firma y se vincula inseparablemente al documento firmado (a todo él), mientras que la segunda descifra el documento o mensaje y, pese a su equívoca denominación, es conocida por aquellos que se relacionarán con el titular de la firma electrónica. Cuando un documento es firmado electrónicamente con la clave privada, puede ser reconocido como auténtico (es decir, como realmente procedente de quien aparece como autor) mediante la aplicación de un programa informático. Los prestadores de servicios de certificación o *entidades de certificación* son, precisamente, quienes emiten los certificados tras comprobar previamente la identidad y establecer que un par de claves pertenecen, en efecto, a quien aparece como autor del documento.

Para usar la firma electrónica se ha de disponer de un ordenador con conexión a internet (o, eventualmente, a redes similares). La firma electrónica se almacena en una tarjeta (será necesario, entonces, un dispositivo lector de tarjetas) o en el mismo ordenador. Es necesario, además, que un «prestador de servicios de certificación» o «entidad de certificación» proceda a la identificación del titular de la firma. Este «prestador» o «entidad de certificación» generará las antedichas claves y proporcionará la clave privada y la aplicación informática o programa que se requiere y que se ha de instalar en el ordenador. Así, se está ya en condiciones para utilizar la firma electrónica, incorporándola a documentos electrónicos que se envían por correo de la misma naturaleza, junto con el certificado expedido por el «prestador de servicios de certificación» o «entidad de certificación».

Como resultado de esos elementos, la *firma electrónica reconocida*, que se utiliza para remitir y recibir documentos mediante «internet» (o, eventualmente, redes similares), cumple, según la LFE, las siguientes funciones:

1.^a Identificar a las partes: la firma garantiza que los intervinientes son quienes dicen ser.

2.^a Autenticar el contenido del documento firmado: se garantiza que el documento se recibe íntegramente y sin ningún cambio.

3.^a Garantizar la confidencialidad, pues el contenido del documento, al estar éste encriptado o cifrado, sólo puede ser conocido por las partes.

4.^a Garantizar la efectividad de la comunicación, pues el sistema entero excluye que cualquier de las partes pueda negar haber enviado o recibido el documento suscrito con firma electrónica reconocida.

7. Sentado todo lo anterior, veamos otros apartados del artículo 3 LFE, aunque sin seguir el orden, poco acertado, de dicho precepto, al que, por cierto, remite en bloque un nuevo apartado 3 del artículo 326 LEC, introducido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, para referirse en la Ley Procesal Civil y Común a todo tipo de documentos electrónicos (2).

(2) Es de notar que el artículo 326 LEC se refiere, como señala su leyenda, a la «fuer/a probatoria de los documentos privados». Como se ve, a los errores procesales y

El apartado 5 del artículo 3 LFE establece que «se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos *que estén firmados electrónicamente*».

La verdad es que el concepto cierto (esto es, no falso o erróneo) y propio (es decir, estrictamente científico-técnico) de «documento electrónico» no tiene por qué vincularse a la «firma electrónica»: puede haber y hay innumerables «documentos electrónicos» sin firma electrónica (ni de otra clase). Por tanto, el artículo 3.5 LFE, en vez de asumir el concepto cierto y propio de documento electrónico, produce, sin justificación, un concepto *legal* de «documento electrónico», que vendría a diferenciarse, por la firma electrónica, del «documento informático».

8. Apartándose de nuevo del significado de los términos en su ámbito propio (en este caso, el científico-técnico), el apartado 6 del mismo artículo 3 LFE presenta el documento electrónico como «soporte» de distintos documentos, que son definidos en los siguientes términos:

«a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la Ley en cada caso».

Se ha de recordar que la firma electrónica del fedatario implica necesariamente que estamos ante un documento electrónico. Si éste incorpora una declaración de conocimiento o de voluntad (unilateral o multilateral) de otra u otras personas, éstas habrán de utilizar necesariamente firma electrónica para suscribir el documento electrónico.

«b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica». Se trata, a nuestro entender, de los denominados documentos oficiales.

«c) Documentos privados».

Según el apartado 7 del artículo 3 LFE, esos documentos «tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable».

Puede observarse, ante todo, que este apartado 7 no constituye un precepto en que el legislador muestre haberse esforzado en su función normativa, sino más bien de un ejemplo de comodidad o ahorro de esfuerzo, con la consiguiente vaciedad de la norma (algo que nos atrevemos a considerar característico de ciertos preceptos de la LFE).

a las incoherencias de la LFE, se añade este otro yerro, con incoherencia, de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre. No es de extrañar porque el impulso legislativo correspondía a idénticos promotores.

9. Pero es que, además y sobre todo, se trata de un precepto gravemente equivocado. En primer lugar, no es razonable que un documento electrónico suscrito con firma electrónica reconocida (una firma que cumpla las cuatro funciones ya expuestas) haya de recibir, a efectos probatorios, la consideración de simple documento «privado». Si dos sujetos jurídicos acuerdan una compraventa y la documentan con firma electrónica reconocida, las garantías de que quienes aparecen como vendedor y comprador efectivamente son quien vende y quien compra, y de que ellos, y no otros sujetos, convienen en la descripción del objeto de la compraventa, en el precio y en los restantes pactos habituales son garantías incomparablemente superiores a las de un documento privado (firmado, añadiremos, pues no se olvide que hay innumerables documentos privados no firmados) y son garantías parejas a las de una compraventa ante Notario.

Decimos que las garantías son «parejas» y no iguales, porque aquí, evidentemente, no se trata de identidad. Comprador y vendedor (o sus representantes) comparecen ante Notario, que lee, ve, escucha y firma. Esas presencias personales no se dan en la comunicación de comprador y vendedor por internet (o red similar), suscribiendo un documento con firmas electrónicas reconocidas. Pero, descontada la honradez, existe la posibilidad de, por ejemplo, engañar al Notario —no es una mera hipótesis académica— y esa posibilidad resulta equivalente al muy problemático, pero no imposible, uso de la firma electrónica reconocida por quien no sea su titular.

En segundo término, que el documento «soportado» en documento electrónico sea calificado como «público» a causa de la firma electrónica de algún fedatario que obre dentro de sus funciones legales, no añade autenticidad al documento electrónico con firma electrónica reconocida cuando, como ocurre infinidad de veces, otro u otros sujetos, además del fedatario, han suscrito también el documento, no con firma manuscrita, claro es, sino mediante firma electrónica reconocida.

Además, la letra *a*) del apartado 6 del artículo 3 LFE habla de documentos «firmados electrónicamente» por un fedatario, sin especificar (lo que resulta asombroso) la clase de firma electrónica, con lo que parece estar admitiendo la firma electrónica no avanzada y la simplemente avanzada pero no reconocida. Frente a esa inconcreción, bastará ahora decir que ninguna garantía de autenticidad presentaría un documento electrónico en que la firma del fedatario fuese una firma electrónica común o simple. Y hay que añadir que si el fedatario utilizase firma electrónica avanzada, pero no reconocida (hipótesis para la que no logramos hallar justificación), las garantías de autenticidad serían innegablemente inferiores a las del documento público tradicional o no informático. Con esa real inferioridad de garantías, la disposición que pretende imponer siempre la fuerza de un documento público se revela irracional. Es de prever y de desear que ningún órgano jurisdiccional acepte la natura-

leza de documento público de un documento electrónico si no aparece suscrito por todos los intervinientes con firma electrónica reconocida.

10. Resulta inevitable preguntarse por la causa de que los apartados 6 y 7 del artículo 3 LFE estén redactados en los términos que han quedado transcritos, tan sumamente aporéticos. Dejando a un lado una inútil inquisición sobre motivos de personas, lo que parece haber sucedido es que la LFE no se plantea el documento electrónico con firma electrónica avanzada (simple o reconocida) como lo que es, una nueva especie de documento, junto a los clásicos o tradicionales documentos públicos, privados y oficiales. Timoratamente, la LFE opta, en cambio, por considerar los documentos electrónicos con la referida firma electrónica como mero «soporte» de los diversos tipos tradicionales de documentos. Pero los documentos con firma electrónica reconocida no son sólo eso: no es esa su realidad, que, por añadidura, la misma LFE reconoce.

Buena demostración del error de considerar que un documento electrónico con firma electrónica avanzada es un simple «soporte» de los documentos tradicionales podría ser tratar de imaginar cómo uno de esos documentos tradicionales se incorporaría al electrónico suscrito con firma electrónica avanzada, cosa que debiera ser posible si este documento simplemente *soportase* a aquéllos. Si pensamos en una compraventa ante Notario en escritura pública (clásico documento público) o en un documento privado de compraventa, ¿en qué consistiría que estos dos documentos fuesen *soportados* por un documento electrónico con firma electrónica reconocida?

En primer término habría que plantear cómo pasa el *texto* del documento tradicional de compraventa (sea público o privado) a convertirse en texto de un documento electrónico. En esto no habría especial dificultad, por la diversidad de sistemas para lograrlo, pero ¿acaso las firmas manuscritas del documento tradicional (sea escritura pública o documento privado) pueden convertirse en firmas electrónicas avanzadas? La respuesta ha de ser negativa. El contenido del documento electrónico puede incorporar las imágenes (escaneadas, por ejemplo) de las firmas manuscritas (3), pero las firmas electrónicas del documento electrónico requieren un nuevo y muy diverso acto de firma, con garantías y virtualidad propias. De manera que el documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada acredita y prueba con total independencia del documento tradicional que presuntamente *soporte*.

(3) Las de la escritura pública original habrían de escanearse y, desde luego, no valdrían en absoluto como las de la escritura original sin un fedatario que certificase el escaneo. ¿Acaso el fedatario también produciría un acta notarial electrónica consistente en un documento electrónico con firma electrónica avanzada simple o reconocida? Es patente el enrevesamiento, sin sentido, de esta hipótesis.

Así, pues, la LFE incurre en una gruesa incoherencia interna y se sitúa de espaldas a la realidad, no sólo de los documentos suscritos con firma electrónica reconocida, sino de todos los tipos de documentos.

No podemos extendernos ahora en una quizá innecesaria explicación de este parecer y, además, tal explicación tampoco resulta imprescindible para abordar seguidamente la última cuestión de la eficacia probatoria.

11. A este respecto, es de considerar, en primer término, el apartado 4 del artículo 3 LFE: «la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel».

Esta norma también resulta deficiente, por diversas razones (4). En primer término, esa atribución de valor a la firma electrónica reconocida viene a contradecir las propiedades y funciones que a esa «firma» atribuye la misma LFE: es innegable, por ejemplo, que, conforme a lo que prevé y dispone la LFE, resulta más difícil de «falsificar» la firma electrónica reconocida que la firma manuscrita.

En segundo lugar, atribuir el mismo valor a la firma electrónica reconocida y a la firma manuscrita tradicional es tan erróneo como equiparar dos realidades sumamente diferentes: la firma electrónica reconocida es inaccesible a los sentidos, a diferencia de la manuscrita, que se ve y que, en original, es susceptible de apreciaciones diversas (composición de los materiales empleados para dejar la impronta, intensidad variable de los trazos, etc.). Enseguida veremos que, en cuanto se afronta la impugnación de la autenticidad, la equiparación entre firma electrónica y firma tradicional resulta inservible.

12. El apartado 8 del artículo 3 LFE es también norma de gran interés desde el punto de vista jurídico-procesal. En ese apartado 8 se trata primero, en general, del documento electrónico electrónicamente firmado, y se afirma que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio». Sobre la consideración de ese soporte como documento, no podemos sino reiterar lo que ya hemos dicho acerca de la aportación, como «prueba documental», del «soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica» (cfr. *supra*, núm. 4). Parece como si el legislador de la LFE desconociese la preexistencia y vigencia de la LEC.

(4) Ante todo, cabe lamentar que un precepto legal sobre el valor jurídico de un nuevo tipo de documento no refleje de modo más claro y certero que este apartado 4 del artículo 3 LFE la posible *diversidad de contenido* de cualquier documento, elemento de primordial relevancia: en todo documento, no es lo mismo que éste incorpore declaraciones de hechos o meros datos o que, en su lugar o además, exprese declaraciones de voluntad.

13. Veamos ya la impugnación de la autenticidad de la firma electrónica, según su clase. El apartado 8 del artículo 3 LFE se refiere a la firma electrónica *reconocida*, y afirma lo siguiente:

«si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la Ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso, así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes».

Así, pues, cuando se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida en un determinado caso, el prestador de los servicios de certificación ha de demostrar que está actuando conforme a la ley, pero se diría, según el tenor literal de ésta, que la comprobación correspondiente no se ciñe a la actuación en el caso concreto de que se trate, sino que se refiere a la habitual del prestador de los servicios o «entidad de certificación».

14. Si esto es así (o mientras lo sea), los tribunales, en caso de impugnación, no pueden atribuir razonablemente a la comprobación y, consiguientemente, al documento con firma electrónica reconocida, otro valor probatorio que el que estimen apropiado conforme a las «reglas de la sana crítica» (cfr. arts. 326.2 y 348 LEC).

Verdad es que el documento con firma electrónica reconocida puede ser, según el artículo 3.6 LFE, un documento público, porque exista dación de fe de un Notario u otro fedatario público, pero como esa dación de fe se manifiesta también mediante una firma electrónica del fedatario, si se impugna esa concreta firma, ha de llevarse a cabo la comprobación prevista en el artículo 3.8 LFE y nada hay en esta ley ni en ninguna otra que permita concluir que el documento con firma electrónica reconocida hace prueba plena si de la comprobación sólo se desprende que, en general, el «prestador de servicios de certificación» actúa conforme a la LFE.

Lo mismo cabe decir de los documentos de la letra *b)* del apartado 6 del artículo 3 LFE, esto es, de los «expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica». Esa firma electrónica es tan impugnabile como la de cualquier clase de fedatario.

15. En cambio, si el prestador de los servicios de certificación comprabase el funcionamiento perfecto de todos los mecanismos de firma electrónica reconocida *en el concreto caso de que trate la impugnación*, el documento en

cuestión habría de considerarse *auténtico*, aunque, como ha quedado dicho, no esté legalmente equiparado al documento público a efectos de eficacia probatoria. Pues, por un lado, las «reglas de la sana crítica» conducen a esa conclusión si el prestador de servicios de certificación muestra que, en el caso, la firma electrónica reconocida ha cumplido las funciones antes expresadas. Y, por otro lado, los «prestadores de servicios de *certificación*» (o «entidades de *certificación*») no son sino fedatarios especiales: *dar fe* y *certificar* no se diferencian en nada, desde el punto de vista de la prueba.

El apartado 2 de la Disposición Adicional primera LFE dispone, bajo la rúbrica «Fe pública y uso de firma electrónica», que «en el ámbito de la documentación electrónica corresponderá a las entidades prestadoras de servicios de certificación acreditar la existencia de los servicios prestados en el ejercicio de su actividad de certificación electrónica, a solicitud del usuario, o de una autoridad judicial o administrativa».

La STS 3.^a, de 12 de febrero de 2002, considera razonable que la Administración del Estado exija firma electrónica avanzada en presentación de documentos por vía telemática o soporte magnético (*sic*) porque, así, «no resulta desproporcionada la exigencia de autenticidad que disipe cualquier duda sobre la identidad del remitente» (Fundamento Jurídico decimotercero).

16. Finalmente, el apartado 8 del artículo 3 LFE aborda el fenómeno de los documentos suscritos con firma electrónica avanzada «simple» (esto es, la no reconocida) y dispone que «si se impugna la autenticidad de la firma electrónica *avanzada*, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Ésta es también una disposición legal muy defectuosa, porque, por un lado, el artículo 326.2 LEC habla del «cotejo pericial de letras», a todas luces inaplicable a un documento electrónico y, por otro lado, remite a «cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto», expresión razonable en la LEC, pero poco reveladora en cuanto al documento suscrito con firma electrónica avanzada. Se tratará, en todo caso, nos parece, de una prueba pericial. Ésta debe valorarse probatoriamente conforme a las reglas de la sana crítica y, a su vez, el documento electrónico mismo sólo podrá valorarse según dichas reglas.

El artículo 3 LFE finaliza con dos apartados de notable oscuridad. Según el apartado 9, «no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica». La redacción es enrevesada, de manera que salvo para quien esté en el secreto de las intenciones del escribidor del precepto, no está claro qué es lo que se presenta «en forma electrónica» y que, por ese «mero hecho» de tal presentación, no carece de eficacia jurídica. Con todo, se puede apreciar que estamos ante una norma puramente negativa, que prescinde del posible valor de lo

suscrito con firma electrónica no reconocida y se limita a decir algo absolutamente obvio, como es la improcedencia de no otorgarle, nunca, ningún valor.

Conforme al apartado 10, «a los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas». Otra disposición de problemática utilidad, porque «tener en cuenta», en principio, lo que pactan dos sujetos jurídicos es norma jurídica general. Lo relevante es la cuestión de los límites de la eficacia de lo pactado, según los distintos ámbitos posibles de eficacia. En todo caso, las normas legales de valoración de la prueba no pueden quedar sin efecto por un pacto intersubjetivo.

17. En conclusión:

1.º Las disposiciones legales sobre «contratos electrónicos» y, más en concreto, sobre la «firma electrónica», dejan mucho que desear: son vacuas algunas, incoherentes y contrarias a la realidad otras y, las decisivas, enrevesadas e inútiles.

2.º La posible y deseable eficacia procesal de los documentos electrónicos con firma electrónica avanzada y, en especial, los suscritos con firma electrónica reconocida, se deberá a la fuerza de sus características reales y no a las disposiciones de la LFE: más bien existirá aquella eficacia a pesar de esas disposiciones.

3.º Si la LFE hubiese sido coherente con las funciones que asigna a una firma electrónica avanzada reconocida, en la que interviene una autoridad certificadora (es decir, un fedatario), hubiese debido atreverse a introducir, en el artículo 317 LEC, los documentos suscritos con tal firma electrónica entre los documentos que, a efectos procesales, se consideran públicos.

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense. Madrid

DICTÁMENES Y NOTAS

Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales

SUMARIO: I. CARÁCTER DEL CÓNYUGE QUE NO HA CONTRAÍDO LA DEUDA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DIRIGIDO CONTRA SU CONSORTE ¿PARTE O TERCERO?—II. NOTIFICACIÓN DEL EMBARGO AL CÓNYUGE NO DEUDOR.—III. MEDIOS DE DEFENSA DEL CÓNYUGE QUE NO HA CONTRAÍDO LA DEUDA: 1. DEUDAS DE LAS QUE RESPONDE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: A) *Oposición por las mismas causas que el ejecutado:* a) Oposición en un proceso ordinario de ejecución: a') Oposición por motivos de fondo; b') Oposición por defectos procesales; c') Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución; d') Actos de ejecución contradictorios con el título ejecutivo. b) Oposición del cónyuge no deudor en una ejecución provisional; c) Oposición en caso de embargo preventivo de bienes gananciales. B) *Oposición basada en que el débito no tiene naturaleza ganancial.* 2. DEUDAS PRIVATIVAS DE UNO DE LOS CÓNYUGES: A) *Oposición por las mismas causas que el ejecutado.* B) *Oposición al embargo de bienes gananciales por existir otros bienes privativos del deudor.* C) *Imposibilidad de que el cónyuge no deudor funde su oposición en que se han embargado bienes gananciales por un valor superior al que pudiere corresponder al cónyuge deudor.* D) *Petición de disolución de la sociedad de gananciales.*

La conflictividad que suscitan los procesos de ejecución dirigidos contra un deudor casado bajo el régimen de gananciales reviste una importancia de primer orden desde el momento en que, por resultar embargados bienes gananciales, se encuentra involucrada otra persona (el cónyuge del ejecutado), el cual debe soportar que unos bienes que en parte le pertenecen se hallen afectos al cumplimiento de un débito que él no ha contraído, sino su consorte, pero en modo alguno se puede considerar que las deudas se «contagien» a causa de lazos matrimoniales.

Los problemas que estas situaciones provocan en la práctica forense son un claro exponente de un tema no pacífico cuya conflictividad se proyecta en tres dimensiones: en el aspecto sustantivo (naturaleza de la sociedad conyugal, calificación jurídica de los bienes y de las deudas), en el hipotecario (problemas de titularidad y de tracto) y, desde luego, en el procesal (1), donde la necesidad de dotar de instrumentos de defensa al cónyuge que no ha contraído la deuda constituye un imperativo insoslayable que debería regularse con más esmero, siendo el objetivo de este artículo aportar soluciones útiles que permitan salvaguardar en todo caso los intereses del cónyuge no deudor, haciendo efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva que en ningún caso puede solaparse con la excusa de una equivocada concepción de la sociedad de gananciales.

I. CARÁCTER DEL CÓNYUGE QUE NO HA CONTRAÍDO LA DEUDA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DIRIGIDO CONTRA SU CONSORTE ¿PARTE O TERCERO?

La posición del cónyuge que no figura en el título ejecutivo en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales a causa de deudas contraídas por su consorte, resulta, en cierto modo, confusa, pues no se alcanza a deslindar con nitidez si ostenta el carácter de parte o de tercero.

Por un lado, si la deuda es responsabilidad de la sociedad de gananciales, pudiese parecer oportuno que ostentare la posición de parte y que contra él se dirigiera el despacho de ejecución; sin embargo, dicho criterio no puede mantenerse porque el título ejecutivo es «mudo» respecto a la naturaleza ganancial de la deuda y si en el mismo tan sólo aparece como deudor uno de los cónyuges, no puede obligarse al acreedor a demandar a ambos, aunque la responsabilidad de la deuda recaiga sobre el acervo común. Bien es cierto que la demanda conjunta se preveía en el caso de deudas gananciales en la anterior reducción del artículo 144.1.1 del RH (2), pero dicha tesis confesó su fracaso en la práctica forense, lo que propició que la propia Dirección

(1) Cfr. GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, «Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales», en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pág. 835.

(2) El artículo 144.1.1 del RH antes de la reforma por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, rezaba en los siguientes términos: «Para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno sólo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no deudor en el supuesto del párrafo siguiente» (el apartado siguiente se refería al embargo de bienes comunes por *deudas propias* de un solo cónyuge).

General de los Registros y del Notariado (3), secundada por parte de la doctrina científica (4), efectuara una interpretación de dicho precepto un tanto *contra legem*, estimando suficiente para anotar el embargo sobre bienes pertenecientes a la sociedad conyugal que la demanda se dirigiera contra el cónyuge que hubiera contraído la deuda ganancial, notificándosela al otro (5). Nuestro legislador no fue ajeno a este criterio y en la reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, sentenció definitivamente la cuestión unificando los dos apartados del artículo 144.1 (7) y reputando suficiente la notificación del embargo de bienes gananciales al cónyuge que no había contraído la deuda, fuera ésta ganancial o privativa (6),

(3) Resolución de 28 de marzo de 1983 (RAJ 1662) seguida por la de 15 de abril de 1983 (RAJ 2266) y la de 27 de mayo de 1986 (RAJ 3045).

(4) Cfr. RIFÁ SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1983, pág. 188.

CASADO COCA, P., «La interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en relación con la ejecución de bienes gananciales», en *La Ley*, T. I, 1984, pág. 1173.

CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1986», en *CCJC*, septiembre-diciembre 1986, pág. 4014.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 188.

VA AGUAVIVA, M., «La ejecución de sentencias civiles en el Registro de la Propiedad», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 463.

FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1.369 del Código Civil», en *ADC*, T. XLVI, Fasc. II, abril-junio 1993, Ed. Ministerio de Justicia, pág. 741.

(5) Tal y como defendimos en su día, en nuestra opinión la cuestión estaba mal planteada de principio, no siendo necesario, en estos casos, efectuar una interpretación *contra legem* del tenor literal del párrafo primero del artículo 144.1 (que exigía demandar a ambos cónyuges para anotar el embargo sobre bienes comunes en caso de *deudas gananciales* contraídas por un cónyuge), pues no era este párrafo el que procedía aplicar sino el párrafo segundo del artículo 144.1 (que, relativo a *deudas privativas*, estimaba suficiente para el embargo de bienes gananciales la notificación de la traba al otro cónyuge), pues si en el título ejecutivo tan sólo aparece como deudor uno de los cónyuges en principio y *ad extra*, la deuda no puede reputarse ganancial sino privativa de éste aunque *ad intra*, es decir, en las relaciones internas entre los cónyuges, sea ganancial (cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 1994. RAJ 2946)», en *ADC*, T. XLIX, enero-marzo, Fasc. I, 1996, pág. 436).

(6) De todos modos, el legislador no ha reproducido exactamente los mismos términos propugnados por la DGRN en sus Resoluciones, en las cuales se exigía la *notificación de la demanda* al cónyuge no deudor, pues el artículo 144.1 del RH en su redacción actual, así como el artículo 541 de la LEC, prevén la *notificación del embargo*, aunque este último precepto contempla la necesidad de dar traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despacha ejecución al cónyuge que no contrajo la deuda.

(7) Artículo 144.1: «Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 ó 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar

lo que el artículo 541 de la LEC ha venido a avalar en la legislación procesal (8), exigiendo, además, en el caso de que la deuda sea ganancial, que se dé traslado al otro cónyuge de la demanda ejecutiva y del auto que despacha ejecución, si bien parece lógico entender que también cuando la deuda se reputa privativa resultará procedente dicho traslado (9).

Por otro lado, y sin perjuicio de lo antedicho, el hecho de que la ejecución se despache únicamente contra el cónyuge que ha contraído la deuda, tampoco puede ser un argumento para investir a su consorte con el carácter de tercero en dicho proceso de ejecución, tanto sea la deuda ganancial como privativa. En el primer caso porque resultan responsables *directamente* los bienes gananciales y puesto que los mismos se hallan afectos al cumplimiento de la obligación, resulta justo que el cónyuge que no ha contraído la deuda pueda servirse de los mismos medios de oposición a la ejecución que la LEC brinda a las partes en los artículos 556 y siguientes, sin perjuicio de oponerse

que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que, estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo».

Los artículos 93.1 y 4 del RH y 94.1 son del siguiente tenor literal:

Artículo 93.1 del RH: «Se inscribirán a nombre del marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas. En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario».

Artículo 93.4: «Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales, se inscribirán con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente...».

Artículo 94.1: «Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial».

(8) La necesidad de una reforma de la legislación procesal en esta materia había sido puesta de manifiesto por la doctrina y reiterada por la DGRN en cuya Resolución de 23 de noviembre de 1983 (RAJ 7033) estableció: «en relación con la nueva regulación de la sociedad de gananciales con el régimen general de coadministración impuesto y las excepciones y matizaciones que a este principio el propio Código Civil establece, se han puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar sus créditos y determinar los bienes comunes o privativos que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para hacerlos efectivos, pero juzgándose por este sector doctrinal una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada».

(9) Cfr. RIVAS TORRALBA, R., «Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *BCRE*, núm. 61 (2.ª época), junio de 2000, pág. 1196.

CRESPÍ FERRER, L., «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 20, julio de 2003, *Lex Nova*, pág. 39.

alegando que los bienes gananciales no deben responder de la deuda. En el segundo caso, es decir, cuando la deuda sea privativa, en tanto que los bienes gananciales responden *ex lege subsidiariamente*, tampoco puede mantenerse el carácter de tercero del cónyuge no deudor, ya que éste no puede servirse de los instrumentos procesales de oposición que la ley pone a disposición de los terceros para salvaguardar el embargo de los bienes gananciales, por lo que resultará infructuosa la interposición de una tercería de dominio para intentar salvar su «participación» en el acervo común y, de hecho, la tónica general en la jurisprudencia del TS (10) ha sido desestimar sistemáticamente las tercerías de dominio interpuestas en estas situaciones.

Por consiguiente, a nuestro juicio, la posición del cónyuge no deudor en un proceso de ejecución entablado contra su consorte en el que resulten embargados bienes gananciales, no es, *stricto sensu*, la de parte (11), pero tampoco la de tercero, sino la de un *tertium genus*, pues aunque para la defensa del acervo común no puede servirse de los mecanismos procesales de oposición que la ley pone a disposición de los terceros al ser propietario junto con su consorte de unos bienes que están afectos directa o subsidiariamente al cumplimiento de la obligación; tampoco puede ser considerado propiamente parte, ya que ni figura como deudor en el título ejecutivo ni cumple los requisitos que el artículo 538.1 de la LEC exige para quedar investido del carácter de parte en el proceso de ejecución, pues no se dirige contra él la demanda ejecutiva ni, por consiguiente, el despacho de ejecución y, además, en el caso de que sus bienes privativos

(10) Véanse: SSTS de 1 de agosto de 1922, 23 de enero de 1958 (RAJ 545), 4 de diciembre de 1958 (RAJ 4036), 27 de febrero de 1960 (RAJ 937), 2 de julio de 1984 (RAJ 3788), 26 de enero de 1985 (RAJ 300), 26 de septiembre de 1986 (RAJ 4790), 20 de febrero de 1987 (RAJ 701), 29 de diciembre de 1987 (RAJ 9656), 13 de julio de 1988 (RAJ 5992), 26 de septiembre de 1988 (RAJ 6859), 19 de julio de 1989 (RAJ 5727), 6 de junio de 1990 (RAJ 4740), 12 de junio de 1990 (RAJ 4754), 4 de marzo de 1994 (RAJ 1652), 29 de abril de 1994 (RAJ 2946), 8 de julio de 1997 (RAJ 5576), 17 de junio de 2003 (RAJ 5644), 21 de julio de 2003 (RAJ 5847).

El TS se basaba, para desestimar las tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge no deudor, en que *durante el matrimonio la sociedad de gananciales no da nacimiento a una copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil al faltar por completo el concepto de parte proporcional característica de la comunidad de tipo romano, pues antes de la disolución y liquidación de la sociedad cada cónyuge no ostenta sino un derecho expectante que no le legitima para entablar una tercería de dominio, no teniendo la cualidad de tercero que resulta esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción y además tampoco ostenta la propiedad exclusiva de los bienes en litigio.*

(11) En contra: SABATER MARTÍN, A., «Comentario al artículo 541», en *Comentarios a la Nueva LEC*. Coordinadores: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F., T. II, Iurgium Editores Atelier, Barcelona, 2000, pág. 2610. Este autor considera que el artículo 541 de la LEC otorga al cónyuge no deudor el carácter de verdadera parte en el proceso de ejecución dirigido contra su consorte.

resulten embargados podrá interponer una tercería de dominio, que es un instrumento procesal reservado a los terceros.

La posición híbrida que ostenta el cónyuge no deudor (12) en el proceso de ejecución instado contra su consorte, le coloca, por consiguiente, en una situación peculiar en relación a los instrumentos de oposición a la ejecución de que puede servirse, pues, por un lado, para la defensa de los bienes comunes podrá utilizar los medios de defensa a disposición del ejecutado, sin perjuicio de que la ley le brinde un instrumento de defensa propio, como es interesar la disolución del patrimonio común, pero, por otro lado, para la defensa de su patrimonio privativo dispone del mecanismo procesal de la tercería de dominio.

II. NOTIFICACIÓN DEL EMBARGO AL CÓNYUGE NO DEUDOR

En el caso de que la deuda, aun contraída por un cónyuge, sea responsabilidad de la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse exclusivamente contra el cónyuge deudor, si bien el artículo 541.2 de la LEC preceptúa la necesidad de dar copia de ésta y del auto despachando ejecución al otro consorte, al cual también se le habrá de notificar el embargo de bienes gananciales. Asimismo, cuando el procedimiento se dirija contra un solo consorte por deudas propias de éste, si se embargaren bienes gananciales a falta o por insuficiencia de los privativos, dicho embargo habrá de notificarse al otro consorte (art. 541.3).

De la imperatividad de los términos legales se deduce que el artículo 541 de la LEC tiene carácter de *ius cogens*, pues por razones de estricta justicia no se puede privar al cónyuge no deudor del derecho a defender su participación en el acervo común aunque su cuota sea ideal (13), por lo que la notificación al cónyuge no deudor de los concretos bienes gananciales que han sido objeto de traba constituye un requisito *sine qua non*. No obstante, consideramos que el legislador ha establecido un mandato legal sin reparar en

(12) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 541», en *Comentarios o la nueva LEC*, T. III, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2580, nota 17. Para este autor resulta más adecuado emplear la expresión «cónyuge no responsable» que «cónyuge no deudor» porque nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad externa del patrimonio familiar que, sin duda, se describe mejor por referencia a la idea de responsabilidad, ya que el término *deuda* califica más precisamente la llamada responsabilidad interna o definitiva de tales patrimonios.

(13) Cfr. PUIG BRUTAU, J., «Tercería de dominio sobre los bienes gananciales», en *RDP*, T. XLVII, 1963, pág. 434: «una cosa es que la mujer no tenga una cuota determinable en unos bienes comunes, y otra que por ello no pueda tener interés legítimo, y por tanto derecho de acción para sostener que tales bienes no responden de las obligaciones ajenas a la comunidad».

la cuenta de que para su estricto cumplimiento hubiera sido necesario que otras disposiciones normativas coadyuvaran a su efectividad.

En este sentido, no hubiera sido ocioso que la LEC hubiese establecido en el artículo 549 la necesidad de hacer constar en todo caso en la demanda ejecutiva el estado civil del demandado y su régimen económico-matrimonial, así como, en su caso, el nombre de su cónyuge (14), ya que difícilmente el órgano judicial va a poder participar la existencia del procedimiento a una persona cuya propia existencia desconoce.

Además, también hubiera resultado oportuno que la Ley hubiera previsto las consecuencias de que el demandante no aportara una copia de la demanda y documentos para su entrega al cónyuge del demandado en el caso de interesar el embargo de bienes gananciales (art. 541.2), pues dicha omisión puede incluso suscitar dudas acerca de la propia admisión de la demanda a tenor de lo previsto en los artículos 275.2 y 276.3 de la LEC; si bien, en nuestra opinión, consideramos excesivo no dar curso a la demanda por esta causa, ya que los citados artículos tan sólo sancionan con la inadmisión de la demanda la falta de presentación de copias para su entrega a las demás partes del proceso, y en el supuesto que nos ocupa el cónyuge del demandado no ostenta *stricto sensu* dicho carácter aun cuando la deuda que se reclame sea ganancial. De todos modos, si el demandante deja de presentar las oportunas copias se le habrá de requerir para que las aporte, lo que habrá de verificar a la mayor brevedad posible, máxime teniendo en cuenta que en el caso de inmuebles no se podrá garantizar el embargo con la oportuna anotación preventiva hasta que conste notificada la traba al cónyuge no deudor (art. 144 del RH).

Lo cierto es que el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 541.2 de la LEC no resulta baladí, en tanto que su omisión atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva del cónyuge que no ha contraído el débito, resultando lamentable que en la práctica forense, en más ocasiones de las que sería deseable, el órgano judicial conozca la naturaleza ganancial de un inmueble embargado al recibir cumplimentado en sentido negativo el mandamiento de anotación preventiva de embargo por el defecto subsanable de no haber hecho constar en dicho mandamiento el cumplimiento del artículo 144 del RH, el cual establece la necesidad de notificar el embargo del inmueble ganancial al cónyuge que no ha contraído la deuda.

De todos modos, si la traba no se practica en el propio auto despachando ejecución sino en un acta de embargo —lo que acontece por lo general en la ejecución de títulos no judiciales— (15), la parte actora tendrá la posibi-

(14) No consideramos necesario que figure su dirección si, como es habitual, tiene el mismo domicilio que el deudor.

(15) El embargo en el auto despachando ejecución se podrá practicar cuando no sea preceptivo el requerimiento previo de pago, lo que con carácter general acontece cuando

lidad de hacer constar en la nota de bienes embargables presentada en el acto del embargo el carácter privativo o ganancial de los mismos, si le consta, partiendo siempre de la presunción de ganancialidad activa del artículo 1.361 del Código Civil e incluso puede resultar oportuno reseñar en la propia diligencia de embargo las manifestaciones que sobre este particular realice el deudor o su consorte.

Además, y en este mismo sentido, otra de las normas que el legislador debería conciliar con el artículo 541 a efectos de conocer la naturaleza de los bienes embargados, sería el artículo 589 de la LEC en el que se tendría que contemplar expresamente la necesidad de que el deudor al realizar manifestación de bienes reseñara su carácter privativo o ganancial en el caso de que, estando casado, fuera éste su régimen económico-matrimonial.

Sea como fuere, si el órgano judicial no llegare a conocer la naturaleza ganancial de los bienes embargados y, por consiguiente, no procediera a notificar el embargo al cónyuge no deudor, éste ostentará legitimación para denunciar la infracción de una norma legal imperativa (art. 541 en relación con el art. 562 de la LEC), pudiendo instar, incluso, la nulidad de actuaciones si se ha producido indefensión (16).

III. MEDIOS DE DEFENSA DEL CÓNYUGE QUE NO HA CONTRAÍDO LA DEUDA

La notificación del embargo de bienes gananciales al cónyuge que no ha contraído el débito cobra una importancia de primer orden en tanto que le permite salvaguardar sus intereses en el proceso de ejecución diri-

el título ejecutivo tenga carácter judicial o cuando, siendo no judicial, se haya acompañado acta notarial acreditativa de haber requerido al deudor de pago con al menos diez días de antelación a la presentación de la demanda (arts. 580 y 581 de la LEC).

(16) Cfr. SENES MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», en *La Ley*, Actualidad, S. A., Madrid, 2000, págs. 131 y 132, y en «Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. CGPJ, Madrid, 2000, pág. 44. Para esta autora la notificación irregular tendría como consecuencia que el embargo sobre el bien ganancial fuera anulable a instancia del cónyuge no deudor, si bien la ausencia de notificación pudiera llevar aparejada la nulidad de actuaciones *ex artículo* 562.2 de la LEC.

En parecidos términos:

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «La ejecución laboral y el régimen económico-matrimonial del deudor», en *El tercero en la ejecución laboral*, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 334.

RAMS ALBESA, J., «Comentario al artículo 46», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Dirigidos por LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVARRÍA, Ed. DGA, Zaragoza, 1993, pág. 182. Este autor considera que si la notificación al cónyuge del deudor no tiene lugar, éste podrá llegar a interponer en último término un recurso de amparo ante el TC.

gido contra su consorte haciendo efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva.

En las siguientes líneas vamos a analizar los instrumentos de defensa de que puede servirse el cónyuge del ejecutado en defensa de los bienes gananciales o incluso de los suyos propios, diferenciando, por un lado, si la deuda es ganancial o privativa, y, por otro lado, si el embargo se produce en una ejecución ordinaria o provisional o incluso en un juicio declarativo en que se haya acordado como medida cautelar el embargo preventivo.

1. DEUDAS DE LAS QUE RESPONDE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Cuando el débito contraído por un cónyuge sea responsabilidad directa de la sociedad de gananciales, el párrafo segundo del artículo 541 de la LEC establece que el otro consorte se podrá oponer a la ejecución por las mismas causas que corresponden al ejecutado y, además, porque los bienes gananciales no responden de la deuda.

A) *Oposición por las mismas causas que el ejecutado*

En el caso de que la deuda sea responsabilidad directa de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges pueden oponerse a la ejecución por las causas que la ley pone a disposición del ejecutado. La *ratio legis* de dicha previsión normativa obedece a razones de estricta justicia, ya que aunque el cónyuge que no ha contraído la deuda, carece propiamente del carácter de parte en el proceso de ejecución entablado contra su consorte, pues ni la demanda se ha dirigido contra él ni figura como deudor en el título ejecutivo, en puridad se encuentra en la posición de ejecutado *de facto*, ya que la responsabilidad del débito se extiende directamente al acervo común, por lo que siendo propietario junto con su cónyuge de unos bienes que se hallan afectos al cumplimiento de la obligación, resulta lógico que pueda servirse de los mismos instrumentos procesales de oposición a la ejecución que la LEC brinda al ejecutado.

De todos modos, el plazo de oposición para cada uno de los consortes no ha de coincidir necesariamente —y de hecho no es habitual que coincida— aunque sí así fuere, por haberse embargado bienes gananciales en el propio auto despachando ejecución, nada impide que ambos cónyuges puedan oponerse en un mismo escrito e incluso sirviéndose de un mismo abogado y procurador (17), sin perjuicio de que también sea posible que si no se ha

(17) Cfr. CRESPI FERRER, L., «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», *op. cit.*, pág. 36.

personado el cónyuge deudor en el proceso de ejecución, se persone su consorte en defensa de los bienes comunes.

En todo caso hay que tener en cuenta que el *dies a quo* para que el cónyuge no deudor plantee su oposición empieza a contar desde el día siguiente a la notificación del embargo de gananciales con entrega de la copia de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución, no siendo inusual que su oposición se plantee en un momento en el que ya haya precluido dicha posibilidad para su consorte, respecto al cual el plazo para oponerse contará desde la notificación del auto despachando ejecución. No obstante, el cónyuge del deudor no podrá volver a alegar las mismas causas de oposición que hubiere esgrimido su cónyuge, salvo si se basan en distintos hechos (así, por ejemplo, podrá volver a oponer el pago si no es el mismo que opuso en su día su consorte).

a) Oposición en un proceso ordinario de ejecución

a') Oposición por motivos de fondo

En el plazo de diez días contados desde la notificación del embargo con traslado de copia de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución, el cónyuge del ejecutado podrá oponerse a la ejecución por los mismos motivos que, conforme a los artículos 556 a 558 de la LEC, podría hacerlo su consorte (18).

(18) No obstante, estimamos que los motivos de oposición de fondo contenidos en estos preceptos no constituyen un *numerus clausus*, por lo que *de lege ferenda* sería deseable que se hiciera constar una cláusula general que englobara cualesquiera otros hechos extintivos o excluyentes de la acción del ejecutante.

Cfr. Ríos SALMERÓN, B., «Ejecución forzosa: dineraria y no dineraria», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de la LEC*, Murcia, 1997, pág. 477. Este autor, cuando la LEC todavía no era un texto definitivo, ya puso de manifiesto que la enumeración de las causas de oposición era manifiestamente incompleta y que sería deseable una cláusula general o abstracta con la inevitable precisión de que los hechos argüidos fueran posteriores al título ejecutivo.

SERRANO MASIP, M., «La oposición a la ejecución forzosa en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Comentarios sobre el proyecto de LEC*. AA.VV. Dirigido por FONT SERRA, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 275 y 276. En parecidos términos esta autora, en relación al Proyecto de LEC, esgrimió que la opción por una lista de motivos sólo era una alternativa lógica cuando el título ejecutivo fuera extrajudicial, pero no en relación a las resoluciones judiciales y arbitrales, respecto de las cuales sería más correcto establecer que en el proceso de ejecución no pueden reproducirse los hechos alcanzados por la cosa juzgada y/o la preclusión en concordancia con lo establecido en otros ordenamientos europeos: así la *Zivilprozessordnung* alemana no prevé un sistema de lista sino que en su artículo 762.2 dispone que contra lo declarado en la sentencia sólo se admitirán aquellos motivos que hubieran surgido después de la conclusión de la vista en la que, en

La oposición por motivos de fondo conlleva la suspensión de la ejecución —y no sólo en lo relativo a los bienes gananciales embargados—, siempre que el título sea de naturaleza no judicial, salvo en el caso de que la impugnación se base en pluspetición, ya que en este caso la suspensión sólo tendrá lugar si el ejecutado pone a disposición del órgano judicial, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida. Si el título es de naturaleza judicial, desafortunadamente a nuestro modo de ver (19), el legislador no ha establecido la suspensión de la ejecución, salvo cuando el título ejecutivo sea un auto de cuantía máxima.

Esta oposición supone la alegación de hechos extintivos, excluyentes o contraderechos enervantes que permiten dejar sin efecto total o parcialmente la pretensión del ejecutante. A estos efectos, y en tanto que la deuda es responsabilidad de la sociedad de gananciales, procede preguntarse si el cónyuge que no la ha contraído podrá oponer, además de los hechos extintivos o excluyentes llevados a cabo por su consorte, aquellos otros que él mismo haya realizado o aquellas circunstancias que en él concurran.

La verdad es que la respuesta a esta cuestión dependerá del caso concreto y así no parece oportuno que el cónyuge no deudor alegue la compensación de un crédito privativo que ostente frente al ejecutante, ya que el artículo 1.195 del Código Civil exige, para que exista compensación, que dos personas, *por derecho propio*, sean recíprocamente acreedoras la una de la otra.

Por el contrario, no vemos inconveniente alguno en que el cónyuge que no ha contraído la deuda pueda oponer el pago que él mismo haya efectuado con voluntad de saldar la deuda contraída por su consorte, máxime cuando conforme a la legislación sustantiva el pago hecho por persona distinta al deudor es eficaz (art. 1.158 del Código Civil). De todos modos, dicho pago se ha debido producir con anterioridad al auto despachando ejecución aunque con posterioridad a la constitución del título o, en el caso de que éste sea una sentencia, ulteriormente al momento en que precluyó la posibilidad de alegarlo en la instancia. Si el pago fuera posterior al despacho de ejecución tan sólo se podrá interesar la terminación de la ejecución *ex* artículo 570 de la LEC, pero en modo alguno cabrá oposición por esta causa y ello con independencia de que en el momento del pago el cónyuge no deudor desconociera la propia existencia del proceso de ejecución por no haber recibido todavía la notificación del embargo de bienes gananciales. El cónyuge no deudor podrá alegar

último término, se hubiesen debido alegar. Asimismo el *Códice di Procedura Civile* establece en sus artículos 615 y 616 que la inmutabilidad del fallo impide que puedan utilizarse como motivos de oposición, además de los alegados, debatidos y decididos en el juicio, aquéllos que el ejecutado hubiera podido proponer y no lo hizo.

(19) Cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 56.

el pago que él mismo haya verificado, aun cuando éste sea parcial y ello sin perjuicio de que nos hallemos en un proceso de ejecución de títulos judiciales, pues el hecho de que el legislador tan sólo contemple la pluspetición como causa de oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales (art. 557.1.3.^a y 558), es un mero olvido legal sin fundamento alguno que no debe impedir en la práctica forense que se admita esta causa de oposición en los procesos de ejecución de títulos judiciales, pues lo contrario ocasionaría indefensión.

En todo caso, sea cual fuere la causa que el cónyuge no deudor alegue, y con independencia de que se base en hechos que hubiere realizado su consorte o él mismo, su oposición deberá cumplir unos determinados requisitos formales, no siendo suficiente con que la haga valer en una mera comparecencia ante el Juzgado sino que deberá presentar un *escrito* que tendrá que ir firmado por abogado y procurador, siempre que el título en que se base la ejecución tenga naturaleza no judicial, o, en el caso de que sea una sentencia, cuando en el juicio declarativo previo hayan sido preceptivos dichos profesionales, pues aunque bien es cierto que el cónyuge del deudor no ostenta propiamente el carácter de parte en el proceso de ejecución entablado contra su consorte y el artículo 539 de la LEC tan sólo exige a las partes dichos requisitos de representación y defensa, estimamos que en tanto que se le otorga el derecho a utilizar los mismos mecanismos de defensa que al ejecutado también se le deben exigir los mismos deberes procesales.

El cónyuge que se oponga deberá aportar los *documentos* en que apoye su oposición (20), no tanto como presupuesto de admisibilidad sino como presupuesto del éxito de su pretensión, aunque podría ser fundada la inadmisión por carencia absoluta de soporte documental (21). De todos modos, no se deberá desestimar la oposición en los casos en que se presente otro tipo de justificación en apoyo de las alegaciones aducidas, aunque no esté basada en un documento, siempre que ésta constituya prueba suficiente de los hechos alegados.

Del escrito y documentos presentados se dará copia al actor y también al ejecutado personado aunque éste no tendrá oportunidad alguna de efectuar *alegaciones*, pues sólo el ejecutante podrá alegar lo que a su derecho convenga en el plazo de cinco días contados desde el traslado del escrito de oposición o desde que se le notifique la resolución denegatoria basada en motivos

(20) La LEC exige acreditar el pago *documentalmente* (arts. 556.1 y 557.1), así como la quita, espera o pacto o promesa de no pedir (art. 557.1.5.^a); acreditar por *documento público* los pactos o transacciones que se hubieran convenido para evitar la ejecución (art. 556.1 *in fine*, 557.1.6.^a) y presentar *documento que tenga fuerza ejecutiva* cuando se alegue la compensación (art. 557.1.2.^a).

(21) Cfr. SENES MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», *op. cit.*, pág. 122.

procesales (art. 560) (22). No obstante, a pesar de que la *voluntas legislatoris* es la de resolver con carácter previo los defectos procesales, consideramos que no siempre será posible en los casos en que no coincida el plazo en que ambos consortes se pueden oponer a la ejecución, lo que ocurrirá cuando haya sido posterior la notificación del embargo de gananciales al cónyuge no deudor que la notificación del despacho de ejecución al ejecutado. Así, puede ocurrir que habiéndose opuesto el deudor por motivos de fondo, ulteriormente su cónyuge se oponga por defectos procesales en un momento procesal en que ya se hubieran impugnado por el ejecutante los motivos de fondo opuestos por el deudor e incluso se hubiere celebrado la correspondiente vista.

La *vista* en la oposición por motivos de fondo se celebrará en el plazo de diez días cuando se haya interesado en el escrito de oposición o en el de impugnación, sin que, a nuestro juicio, el órgano judicial se encuentre vinculado por dicha petición, pudiendo denegar el señalamiento de vista a pesar de que la hayan pedido ambos litigantes y pudiendo acordar su celebración, aunque no la haya solicitado ninguno, siempre que la oposición no pueda ser resuelta con los documentos presentados. En todo caso, en tanto que la celebración de la vista depende de la inconsistencia de la justificación documental aportada, en ella deberá permitirse la alegación de otros medios de prueba (23), aunque no sean de tipo documental.

Si a la vista no compareciere en forma el cónyuge no deudor (aunque lo hiciere el ejecutado y a menos que tuvieren la misma defensa y representación) (24), se le tendrá por desistido de la oposición, imponiéndole las costas causadas en la misma y condenándole a indemnizar al ejecutante los daños y perjuicios causados, siempre que lo solicitare acreditando los mismos.

Celebrada, en su caso, la vista, se dictará resolución que revestirá la forma de *auto*, que resolverá lo procedente a los solos efectos de la ejecución, es decir, la resolución dictada no producirá efectos de cosa juzgada material (25). Sólo si la ejecución fuera estimatoria, el cónyuge no deudor conseguirá el alzamiento del embargo sobre los bienes gananciales, sin per-

(22) Aunque el artículo 560 de la LEC no lo especifica, resulta coherente entender que tan sólo se le dará posterior traslado al ejecutante para que impugne la oposición de fondo cuando haya sido desestimada la oposición por motivos procesales porque en caso de haberse estimado, no siendo subsanado el defecto procesal, se habrá dejado sin efecto la ejecución despachada.

(23) Cfr. SENES MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», *op. cit.*, pág. 124.

(24) No es necesario que el cónyuge no deudor concurra personalmente a la vista siempre que lo haga su abogado y procurador, los cuales pueden ser los mismos que los del ejecutado.

(25) Cfr. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 9.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 569.

juicio de que también se alcen los embargos recaídos sobre los bienes privativos del ejecutado y las correspondientes medidas de garantía, condenando al ejecutante a pagar las costas de la ejecución. No obstante, en el caso de que el ejecutante interponga contra dicho auto recurso de apelación, podrá interesar que se mantengan los embargos y las medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan prestando la oportuna caución. Asimismo, también se mantendrán los embargos en el caso de que se recurra la resolución desestimatoria de la oposición al no tener dicho recurso efectos suspensivos, por lo que si la Audiencia Provincial estima la apelación podemos traer a colación los mismos problemas que se nos plantean en una ejecución provisional tras la revocación de la sentencia, pudiendo incluso haberse subastado la vivienda ganancial con el consiguiente perjuicio para los cónyuges, por lo que los esfuerzos del consorte que no ha contraído la deuda para defender los bienes gananciales pueden resultar vanos al ser irrevocables las ventas en pública subasta, debiéndose conformar con la correspondiente indemnización pecuniaria.

b') Oposición por defectos procesales

En el caso de que el órgano judicial no haya apreciado de oficio la falta de algún requisito o presupuesto necesario para despachar ejecución (art. 551) y de que el ejecutado tampoco haya hecho valer su oposición, el cónyuge no deudor, en defensa de los bienes gananciales, podrá oponerse alegando los defectos procesales contenidos en el artículo 559 de la LEC.

A estos efectos, podrá alegar que su consorte *carece del carácter o representación con que se le demanda* (art. 559.1.1.º) (26), por falta de legitimación pasiva, al habersele atribuido erróneamente la cualidad de representante o de sucesor del que aparece como deudor en el título ejecutivo. No obstante, no podrá alegar su propia falta de legitimación pasiva por habersele notificado impropriadamente el embargo de bienes, ya que dicha circunstancia en nada afecta al proceso de ejecución, por lo que si se hubiera notificado el embargo de bienes con traslado de copia de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución a una persona que no reuniera la cualidad de cónyuge del deudor

(26) La primera causa de oposición por defectos procesales contemplada en el artículo 559 de la LEC se encuentra redactada en unos términos poco afortunados, ya que, por un lado, la palabra «carácter» es poco precisa, aunque debe entenderse relativa a la legitimación pasiva y, por otro lado, al referirse la Ley a carecer de la «representación con que se le demanda» presenta una redacción confusa, ya que la demanda ejecutiva no se dirige contra el representante sino frente al representado (cfr. MONTERO AROCA, J., «Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 564).

(v.gr., conviviente *more uxorio*), no será necesario que ésta efectúe actuación procesal alguna (27) y lo mismo ocurrirá si el bien trabado —cuyo embargo le ha sido notificado— no tuviera carácter ganancial por ser privativo o por no regir dicho régimen económico en el matrimonio, ya que la *ratio essendi* del artículo 541 de la LEC es tan sólo la de otorgar al cónyuge no deudor la posibilidad de defender los bienes gananciales trabados, sin perjuicio de que si se hubieren embargado bienes pertenecientes al ejecutado y a otra persona con la errónea convicción de que el ejecutado era su único propietario, el perjudicado pudiera interponer la correspondiente tercería de dominio por la parte que le corresponde.

Asimismo, el cónyuge del deudor también se podrá oponer por *falta de capacidad o de representación del ejecutante o por no acreditar el carácter o representación con que demanda*, alegando la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal del actor, así como su falta de representación o la acreditación de dichos extremos.

Además, también podrá oponer la *nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentando los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de la LEC*. En este sentido, el cónyuge no deudor podrá oponerse a la ejecución de una resolución que no lleve aparejada ejecución, entendiéndose que cumplen dicho requisito las sentencias de condena firme (sin perjuicio de que las que hayan sido recurridas puedan ser ejecutadas provisionalmente), por lo que, *a sensu contrario*, no tienen el carácter de título judicial capaz de fundar una demanda ejecutiva las sentencias absolutorias ni tampoco las meramente declarativas (28) ni las constitutivas (29), mereciendo un juicio positivo que la vigente LEC se haya pronun-

(27) La doctrina se ha planteado si el artículo 541 de la LEC resulta aplicable a los supuestos de convivencia *more uxorio*, especialmente en aquellos casos en que una determinada pareja de hecho hubiera pactado. *ex* artículo 1.255 del Código Civil, un acuerdo, incluso en escritura pública, cuyo contenido coincidiera con el de una sociedad de gananciales. De todos modos, sin perjuicio de la validez que dicho pacto pueda tener *inter partes* no puede considerarse que tenga efectos *ad extra* y, por tanto, tampoco puede resultar aplicable el artículo 541 de la LEC (cfr. ARROYO GARCÍA, S., *Comentarios prácticos a la nueva LEC*, Ed. Trivium, S. A., Madrid, 2000, pág. 517).

(28) Las sentencias declarativas son aquéllas que se limitan a la mera declaración que constata una situación jurídica, dotándola de certeza jurídica (STS de 11 de junio de 1998. *RAJ* 4682).

(29) En cuanto a las sentencias constitutivas, por sí mismas producen el cambio jurídico pretendido, por lo que, al igual que las meramente declarativas, no precisan de ejecución *stricto sensu*, pudiendo resultar necesarias ciertas actuaciones complementarias posteriores que se han venido a denominar «ejecución impropia», aunque en puridad dichas actividades, generalmente de carácter registral, no son verdadera ejecución, pues la inscripción o cancelación de un determinado hecho en un Registro Público no supone sino

ciado expresamente acerca de su falta de carácter ejecutivo porque, aunque en principio pudiera parecer obvio, en la práctica se venían suscitando problemas a este respecto (30). Asimismo, en el caso de que el título en que se base la ejecución sea de naturaleza no judicial, podrá oponerse por la infracción de lo dispuesto en el artículo 520 (31) o por la contravención de cualesquiera otras normas que establecen los requisitos formales y sustanciales que deben reunir los documentos que llevan aparejada ejecución.

Finalmente, también podrá alegar otros defectos procesales no contenidos en el artículo 559 de la LEC, ya que dicho catálogo de causas de oposición no constituye un *numerus clausus*. Así, podrá oponer *la reiteración de una demanda ejecutiva rechazada* (art. 552.3) (32), *el no haber transcurrido el plazo de veinte días desde la notificación de la sentencia al ejecutado* (art. 548) siempre que se esté ejecutando una sentencia firme (ya que dicho requisito no se puede considerar aplicable en la ejecución provisional), así como *la falta de jurisdicción* (33) *o de competencia*.

A estos efectos, en tanto que el artículo 541 le permite utilizar los medios de impugnación que la ley pone a disposición del ejecutado, no vemos arriesgado que incluso pueda impugnar la falta de competencia o de jurisdicción promoviendo una declinatoria en los cinco días siguientes a aquél en que

dar publicidad a lo ya existente, por lo que en modo alguno será necesario despachar ejecución, sino que será suficiente certificación de la sentencia o, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, ya que su carácter vinculante alcanza a todas las personas y autoridades, especialmente a los Registradores, que deberán acatar lo que en ellas se disponga, a salvo de los obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica.

(30) La STS de 11 de junio de 1998 (RAJ 4682) se pronuncia acerca de un auto desestimatorio de la pretensión de ejecutar una sentencia firme de carácter meramente declarativo.

(31) Artículo 520: «Cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del apartado 2 del artículo 517 (títulos no judiciales ni arbitrales), sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros:

1.º En dinero efectivo.

2.º En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente.

3.º En cosa o especie computable en dinero.

El límite de cantidad señalado en el apartado anterior podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado».

De todos modos, ya con la anterior LEC, la doctrina puso en tela de juicio que las reclamaciones inferiores a 50.000 ptas. (actualmente 300 euros) debieran quedar excluidas (cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., «Los títulos ejecutivos, presente y futuro», en *Justicia*, núm. 3-4, 1996, pág. 499).

(32) Cfr. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 3.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2000, pág. 471.

(33) Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., «La oposición a la ejecución civil: Estudio jurisprudencial», en *Doctrina y Jurisprudencia*, Actualidad Editorial, S. A., Madrid, 1994, pág. 15.

reciba la primera notificación del proceso de ejecución (art. 547 de la LEC), al menos en los supuestos en que su consorte no se haya personado en el procedimiento ni haya realizado actuación procesal alguna, aunque también es verdad que dicha actuación tampoco puede ser considerada sumisión tácita, ya que en los procesos de ejecución está prohibida expresamente (art. 545.3 *in fine*). De todos modos, si el órgano judicial ha sido diligente, estos extremos ya se habrán dilucidado antes de despachar ejecución, ya que el artículo 546 de la LEC establece la necesidad de que el tribunal examine de oficio su competencia territorial, debiendo abstenerse de despachar ejecución si entiende que no es territorialmente competente, por lo que ha de entenderse que la misma actitud deberá adoptar cuando considere que carece de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, pues aunque el citado precepto se refiere únicamente a la competencia territorial no vemos inconveniente alguno en efectuar una interpretación extensiva por la existencia de una evidente *eadem ratio* (34). No obstante, si el órgano judicial de oficio se ha abstenido de despachar ejecución, le queda vedada al cónyuge no deudor la posibilidad de interponer recurso alguno contra dicha resolución, ya que tampoco podrá hacerlo el ejecutado, pues la LEC considera que en estos supuestos tan sólo el ejecutante puede tener interés en recurrir, interponiendo a tales efectos recurso de apelación, que podrá ir precedido o no del correspondiente recurso de reposición, sustanciándose sin audiencia del deudor ni, por consiguiente, de su consorte (35).

Cuando el cónyuge que no haya contraído la deuda se oponga por defectos procesales, deberá personarse en legal forma en el proceso de ejecución y seguir el procedimiento que a tales efectos establece la ley. Así, exceptuando el supuesto en que la oposición se base en la incompetencia del órgano judicial que tiene una sustanciación propia (arts. 547 y 65 de la LEC), las causas de oposición por defectos procesales se habrán de sustanciar conforme a lo establecido en el artículo 559.

Ab initio, resulta digno de crítica que dicho precepto silencie el *plazo* para hacer valer este motivo de oposición, pues aunque el artículo 556 establece un plazo de diez días para oponerse, dicho precepto, aun cuando encabeza el capítulo dedicado a la oposición a la ejecución, no constituye una disposición

(34) En el mismo sentido: cfr. SENES MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», *op. cit.*, págs. 63 y 64.

(35) El hecho de que el recurso contra el auto denegando el despacho de ejecución se sustancie sin audiencia del deudor ha sido objeto de crítica en el caso de que el título sea de carácter judicial:

Cfr. CALZADO JULIA, J., «El despacho de ejecución en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de la LEC*, Murcia, 1997, pág. 296.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 81.

general para todas las causas de oposición, sino que regula específicamente la impugnación por motivos de fondo. No obstante, partiendo de la existencia de una laguna legal y en tanto que no se puede dejar el plazo de oposición al arbitrio del que se pretenda oponer, resulta lógico aplicar por analogía el término de diez días que contará para el demandado desde el siguiente a la notificación del auto despachando ejecución y para su consorte desde el día siguiente a la notificación del embargo de gananciales con traslado de la copia de la demanda y de dicho auto.

Planteada la oposición, se dará traslado por cinco días al ejecutante para que formule *alegaciones*, pudiendo en un plazo de diez días subsanar el defecto procesal invocado, si fuera susceptible de ello, dictándose finalmente auto resolviendo el recurso sin previa audiencia del ejecutado que no tendrá oportunidad procesal para presentar escrito alguno con sus propias consideraciones sobre la oposición planteada por su consorte, ya que se presume que éste actúa en beneficio común.

La LEC no prevé la práctica de prueba alguna, aunque tampoco va a resultar necesaria, ya que el órgano judicial podrá formar su convicción con base en lo obrante en autos (36), sin que *de lege data* sea posible la celebración de vista si la controversia no pudiere resolverse con los documentos aportados.

Asimismo, la ley silencia si la alegación de este motivo de oposición ocasionará la suspensión de la ejecución y en el caso que nos ocupa tampoco puede efectuarse una interpretación sistemática del artículo 559 con el 541.3, ya que este precepto tan sólo prevé dicha *suspensión* para el supuesto de que el cónyuge no deudor interese la disolución de la sociedad de gananciales a causa del embargo de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge; no obstante, con buena lógica jurídica, la ejecución debería quedar en suspenso, si bien somos conscientes de que en la práctica forense, y a falta de una disposición legal expresa que lo establezca, no suele suspenderse.

Finalmente, el Juez resolverá por *auto* (37), respecto al cual tampoco se dice qué *recurso* cabe, lo que ocasiona inseguridad jurídica, pues si bien algún autor considera que cabe recurso de apelación por analogía con lo

(36) Cfr. MONTERO AROCA, J., «Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 566.

(37) La ley no establece el plazo para que el órgano judicial resuelva, pero por analogía con lo dispuesto en el artículo 560 *in fine*, que prevé que el auto resolutorio de la oposición de fondo se dictará a continuación de la vista que en su caso se haya celebrado, procede deducir que la resolución ha de ser inmediata a la presentación de las alegaciones o al transcurso del plazo para ello o para la subsanación (cfr. SALINERO ROMÁN, F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2760).

previsto en el artículo 561.3 (38), dicha opinión no es unánime y hay quien estima que cabe recurso de reposición (39) o que el auto es inmediatamente apelable, salvo que se haya formulado también oposición por motivos de fondo, en cuyo caso contra el auto desestimatorio cabrá recurso de reposición, pudiendo después formular recurso de apelación contra ambas resoluciones si se desestimara también la oposición por motivos de fondo (40).

En el caso de que el defecto no fuese susceptible de subsanación o no fuera subsanado en el plazo de diez días concedido al efecto, se dejará sin efecto el despacho de ejecución, con el consiguiente levantamiento del embargo de bienes gananciales y privativos del deudor y de las medidas de garantía acordadas sobre los mismos, imponiendo las costas al ejecutante.

Si, por el contrario, el órgano judicial no apreciase la existencia de defectos procesales, el artículo 559.2 *in fine* prevé que siga la ejecución adelante con imposición de las costas de la oposición al que la haya promovido.

c') Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución

La ejecución está sometida al principio de legalidad procesal en cuanto que las actividades ejecutivas no pueden desarrollarse de forma arbitraria o caprichosa, sino que han de ajustarse escrupulosamente a unas determinadas normas que constituyen una garantía *per se*. Si el único objeto de la ejecución fuera satisfacer el derecho subjetivo a costa del patrimonio del deudor cualquier actuación judicial en provecho del ejecutante debería considerarse adecuada; sin embargo, el órgano judicial ha de velar por los derechos de todos los interesados (41).

En este sentido, el artículo 562 de la LEC permite que todas las personas a que se refiere el artículo 538 denuncien la vulneración de infracciones legales en el curso de la ejecución, por lo que poniendo en relación el apartado tercero de dicho precepto con el artículo 541.2 y 4 de la LEC, resulta de una claridad meridiana que el cónyuge del ejecutado está legitimado para denunciar la contravención de normas legales en el curso de la ejecución. En estos casos la oposición no es a la ejecución en su totalidad, sino que se limita a un acto o actos concretos, por lo que con independencia de que el derecho

(38) Cfr. SALINERO ROMÁN, F., «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 2760.

(39) Cfr. SENES MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», *op. cit.*, pág. 123.

(40) Cfr. *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. La ejecución*. Coordinador: MANZANARO SALINAS, J., CGPJ, *La Ley*, 2002, pág. 311.

(41) Cfr. CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, J. M. Bosch editor, Barcelona. 1957, pág. 28.

del ejecutante sea cierto, la impugnación deberá ser apreciada si se comprueba dicha infracción legal.

La oposición del cónyuge no deudor debe circunscribirse a la infracción de normas legales que afecten al embargo de bienes gananciales, no pudiendo impugnar cualquier otra infracción legal cometida en el proceso de ejecución, sin perjuicio de que pueda denunciar que no se ha notificado en legal forma el embargo de bienes gananciales con traslado de la copia de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución, pudiendo instar por esta causa incluso la nulidad de actuaciones si dicha omisión le ha privado de su derecho de defensa.

No obstante, y sin perjuicio de hacer valer la *nulidad de actuaciones* como *ultima ratio*, por lo general la impugnación de infracciones legales se denunciará por medio de los recursos de *reposición*, de *apelación* en los casos en que expresamente lo prevea la ley o por medio de *escrito dirigido al Juzgado* si en este último supuesto no hubiera resolución frente a la que recurrir (v.gr., si en una diligencia de embargo se hubieran trabado bienes gananciales por importe manifiestamente desproporcionado en relación a la cuantía reclamada vulnerando el art. 584 de la LEC). Asimismo, estimamos que la presentación de un mero escrito ante el órgano judicial también será un mecanismo oportuno cuando, por haberse cometido la infracción en una providencia de mejora de embargo o en el auto despachando ejecución, el órgano judicial no quisiera admitir a trámite el recurso interpuesto alegando el carácter irrecurrible de dichas resoluciones (arts. 612 y 551). De todos modos, estimamos que el artículo 562 constituye *lex specialis* y, por tanto, de carácter preferente, por lo que no vemos inconveniente alguno en admitir el recurso interpuesto en estos casos si en las citadas resoluciones se hubieran trabado, por ejemplo, bienes gananciales inembargables, máxime teniendo en cuenta que el propio artículo 609 establece expresamente que la traba de bienes inembargables podrá ser denunciada mediante los recursos ordinarios o por medio de comparecencia ante el Juzgado, si el impugnante no quisiera personarse; opción esta última que puede resultar atractiva para el cónyuge no deudor en tanto que le permite prescindir de la asistencia letrada y de la representación por procurador.

d') Actos de ejecución contradictorios con el título ejecutivo

Como dijo CARNELUTTI (42), *la función del título, objeto de ejecución, es análoga a la de un billete de tren, sin el cual no se puede viajar, el título lo*

(42) Cfr. CARNELUTTI, F., *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Traducción de Jaime Guasp, Ed. Bosch, Barcelona, 1942, págs. 160 y 161.

constituye no el acto sino el documento en que consta el acto. Las operaciones ejecutivas han de atenerse a lo establecido en dicho documento, pues en el proceso de ejecución la cognición ya ha terminado y no es posible incluir nuevos elementos ni introducir modificaciones. El derecho en que consiste la acción ejecutiva es un derecho con contenido específico a la realización de actos concretos y a la actuación de sanciones determinadas, no a la realización de cualquier tipo de actos ejecutivos o de cualquier clase de sanciones (43). Por consiguiente, el título ejecutivo constituye un límite infranqueable al que han de someterse las actuaciones ejecutivas, sin perjuicio de que sea posible que el juez executor lleve a cabo determinadas actividades de autointegración (44) del título o de heterointegración (45).

En la vigente LEC, frente a actos de ejecución contradictorios con el título judicial se prevé la vía de los recursos ordinarios: *reposición* y, si se desestimare, el de *apelación* (art. 563). No obstante, a pesar de que el artículo 448 de la LEC tan sólo otorga el derecho a recurrir a los que sean parte en el proceso, dicho precepto ha de matizarse por lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del artículo 541, por lo que procede entender que se encontrará legitimado para recurrir el cónyuge del deudor en defensa de los bienes gananciales, siempre que se hayan producido actos de ejecución contradictorios con el título ejecutivo, los cuales, aunque la Ley no lo especifica, deberán ser de cierta entidad, no procediendo impugnar actuaciones ejecutivas relativas a cuestiones accesorias que sean lógica consecuencia de lo dispuesto en el fallo o que resulten necesarias para la efectividad de éste. Un

(43) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil», en *La Ley*, T. 4, 1981, pág. 935.

(44) Las actividades de autointegración se limitan a deducir la *ratio decidendi* del título ejecutivo y las consideraciones que le sirvieron de fundamento jurídico, pudiendo decidirse, en fase de ejecución, cuestiones accesorias que son lógica consecuencia de lo establecido en dicho título.

(45) Las actividades de heterointegración permiten, con base en determinadas normas del ordenamiento jurídico, efectuar una liquidación para hallar el importe exacto a que asciende la responsabilidad del condenado (art. 712 y sigs. de la LEC). Asimismo, el artículo 219 de la LEC permite que en el proceso de ejecución se realicen las correspondientes operaciones para precisar exactamente la cuantía cuando se reclamare en juicio el pago de una cantidad determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase y en la sentencia tan sólo se hayan fijado las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación. Sin embargo, ello no debe llevar a confusión, pues la verdadera condena está en la sentencia, la cual se integra con la liquidación practicada en el proceso de ejecución, en el que no se podrán introducir modificaciones que alteren la condena básica (cfr. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., «La condena a prestación», en *RDPr*, 1954, pág. 19). Dicha tesis viene a ser avalada por la propia redacción del artículo 219 de la vigente Ley, el cual, si se pondera con su antecesor (el art. 360 de la LEC de 1881), resulta bastante más restrictivo que éste, ya que exige que las bases para la liquidación estén fijadas con claridad y precisión, a fin de que la liquidación consista en una pura operación aritmética.

ejemplo paradigmático de vulneración del contenido del título ejecutivo será el caso en que se despache ejecución contra ambos cónyuges cuando sólo uno de ellos figure como condenado en la sentencia, ya que, sin perjuicio de que la deuda sea ganancial, constituye una infracción del principio *nemo condemnatur sine auditur* dirigir la ejecución contra el cónyuge que no ha intervenido en el juicio declarativo previo, ya que si el auto despachando ejecución le inviste del carácter de ejecutado, deberá responder no sólo con los bienes gananciales sino también con los suyos propios, mientras que en el caso de dirigirse la ejecución tan sólo contra su consorte, sus bienes privativos quedarán a salvo de la ejecución, sin perjuicio de que si el débito es responsabilidad de la sociedad de gananciales, los bienes comunes respondan directamente de la deuda.

El recurso de reposición se tramitará conforme a lo previsto en los artículos 448 y siguientes de la LEC, lo que ocasiona el problema de conciliar otros dos preceptos: el artículo 454, que establece la irrecurribilidad del auto que resuelve el recurso de reposición, y el artículo 563, que en los casos de actos contradictorios con el título ejecutivo contempla la posibilidad de interponer recurso de apelación si se desestimare el de reposición; si bien, a nuestro juicio, procede considerar prioritario lo dispuesto en el artículo 563, en tanto ley especial, teniendo en cuenta que dicho precepto tan sólo prevé el recurso de apelación contra el auto resolutorio del de reposición si éste fuera *desestimatorio*, por lo que si fuere estimatorio habrá de aplicarse la regla general contenida en el artículo 454 y, por tanto, dicho auto será irrecurrible.

Asimismo, y por similares razones, no vemos inconveniente alguno en que el ejecutado y, en su caso, su consorte, puedan recurrir contra el auto despachando ejecución cuando en el mismo se acuerden actividades contradictorias con el contenido del título, ya que el artículo 563 de la LEC, en tanto *lex specialis*, es de aplicación preferente al artículo 551 que establece la irrecurribilidad de dicha resolución. En estos casos estimamos que se habrá de interponer recurso de reposición con carácter previo al de apelación, pues la posibilidad de presentar directamente recurso de apelación tan sólo procede cuando se deniega el despacho de ejecución (art. 552).

En todo caso, tanto recurra el deudor como su consorte, el artículo 563 de la LEC les permite pedir la suspensión de la concreta actividad ejecutiva impugnada, previa caución suficiente que se habrá de prestar en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529 (46), exigencia legal que pudiese resultar excesiva, por lo que, a

(46) El párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529, en sede de ejecución provisional, establece: «La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».

nuestro juicio, sería preferible que se dejara discrecionalidad al órgano judicial para exigir o no la prestación de caución ponderando las circunstancias concurrentes. El perjuicio que la prestación de dicha caución puede suponer al ejecutado ha llevado a algún autor (47) a estimar que, aunque la Ley no especifique nada al respecto, los gastos que la misma origine si resulta estimada la oposición deberían ser de cuenta de la parte que fuera condenada en las costas.

b) Oposición del cónyuge no deudor en una ejecución provisional

En los procesos de ejecución provisional, el cónyuge del deudor en el plazo de cinco días contados desde la notificación del embargo de gananciales, podrá oponerse en defensa de los mismos por las causas previstas en el artículo 528 de la LEC, es decir, podrá alegar *la infracción de los requisitos*

El aval solidario de duración indefinida constituye una garantía en virtud de la cual avalante y avalado están unidos por vínculos de solidaridad sin plazo establecido. En cuanto a las *garantías a primer requerimiento* —también llamadas a primer aviso o a primera demanda— aunque no están expresamente reguladas en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia les reconoce validez, consistiendo en un contrato de garantía personal por el que un tercero (entidad de crédito normalmente) intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la particularidad de que la obligación de pago del garante vence por la mera reclamación de pago efectuada por el acreedor —unida acaso a otros requisitos formales— sin que dicho garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal ni alegar las excepciones que éste pudiera oponer al acreedor en la relación de valuta (cfr. CARRASCO PERERA, A. F., «Garantías a primer requerimiento», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI. *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Madrid, 1995, pág. 108; ARMENTA DEU, T., *La ejecución provisional*. Colección Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000. Coordinador: DIEZ-PICADO GIMÉNEZ, Ed. La Ley, 2000, págs. 120 y 121; LACABA SÁNCHEZ, V. F., «Ejecuciones de sentencias en la nueva LEC: hipotética responsabilidad del legislador», en *Diario La Ley*, núm. 5510, 26 de marzo de 2002, pág. 5). La obligación de pago de la aseguradora que ha formalizado uno de estos contratos surge de forma cuasi automática ante el simple requerimiento del asegurado, quien no precisa acompañar justificación alguna del tomador del seguro. Tampoco es necesario recabar la conformidad expresa o tácita de éste. Únicamente se permite al garante, en aras de la buena fe contractual y en evitación de cualquier enriquecimiento injusto del asegurado, acreditar que el deudor principal ha cumplido su obligación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la demostración de este particular (SSTS de 3 de mayo de 1999, 10 de noviembre de 1999, 17 de febrero de 2000, 30 de marzo de 2000, 5 de julio de 2000, 13 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2001 y 29 de abril de 2002).

(47) Cfr. JULVE GUERRERO, I., «Ejecución sobre bienes inmuebles», en *Ejecución de sentencias civiles. Garantías procesales de los derechos fundamentales en el Orden Penal. XX años de la Constitución de 1978: Su influencia en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal Español*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, pág. 114.

legales para despachar ejecución provisional (48) y, asimismo, podrá *oponerse a actos ejecutivos concretos del procedimiento de apremio*, motivo este que aunque la ley sólo lo prevé para las ejecuciones provisionales de condena dinerada, estimamos que también podrá alegar en la ejecución de una condena de dar, hacer o no hacer en el caso de que alguna actuación ejecutiva pueda ocasionar un perjuicio de imposible restauración o compensación, máxime teniendo en cuenta que aunque el embargo de gananciales suele ser más habitual en las ejecuciones dineradas, también puede practicarse en las no dineradas a fin de asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución o cuando por imposibilidad de llevar a cabo la ejecución específica ésta se convierta en genérica. Por consiguiente, y partiendo de la base de que el cónyuge no deudor lo que pretende es la salvaguarda de los bienes gananciales embargados, consideramos más probable que en una ejecución no dinerada su oposición se dirija contra actuaciones ejecutivas concretas que puedan afectar a éstos que contra la propia ejecución provisional de la condena no dinerada *ex* artículo 528.2 de la LEC.

Por lo demás, estimamos que en la ejecución provisional el cónyuge del deudor también podrá oponerse por los motivos de oposición que se pueden alegar en una ejecución ordinaria de sentencia firme. No obstante, somos conscientes de que dicha tesis no se deduce propiamente del tenor literal de la ley, pues aunque bien es cierto que, por un lado, el artículo 524.2 de la LEC establece que la ejecución provisional de sentencias de condena que no sean firmes se despachará y llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria; por otro lado, el artículo 528 al regular la oposición a la ejecución provisional y a actuaciones ejecutivas concretas establece que ésta «únicamente» podrá fundarse en las causas que en dicho precepto se recogen, entre las cuales no se contemplan las aplicables a la ejecución de sentencias firmes. En este sentido, el Grupo Parlamentario Socialista en el período de elaboración legislativa introdujo en el Senado una enmienda con objeto de incluir un tercer número en el artículo 528.2 que contemplara como causas de oposición aquéllas que sirven para idéntico fin en la ejecución definitiva, sin embargo, y desafortunadamente a nuestro modo de ver, dicha enmienda no prosperó.

(48) El apartado primero del artículo 528.2 de la LEC establece como causa de oposición a la ejecución provisional *el haberse despachado con infracción de lo dispuesto en el artículo anterior*, redacción legal que resulta imprecisa, pues si se siguiera estrictamente su tenor literal, tan sólo podrían subsumirse en este motivo de oposición aquellos supuestos en que la ejecución provisional se hubiera instado fuera de plazo o cuando fuere objeto de la misma una sentencia excluida de ser ejecutada provisionalmente o que no contuviere pronunciamientos de condena; sin embargo, estimamos que también pueden entenderse comprendidos dentro del apartado primero del artículo 528.2 de la LEC otros motivos como la existencia de defectos formales que deberían haber impedido la propia concesión de la ejecución provisional o la falta de legitimación para instarla.

De todos modos, y en pro del principio de tutela judicial efectiva, consideramos que tanto el ejecutado como su consorte en defensa de los bienes gananciales, podrán utilizar en la ejecución provisional los mismos mecanismos de oposición que en la ejecución definitiva y ello porque la regulación de unas causas específicas de oposición a la ejecución provisional en el artículo 528 no tiene por qué impedir la oposición a la ejecución con base en las causas generales contempladas en los artículos 556 y siguientes al no existir razón alguna para dicha exclusión (49), máxime teniendo en cuenta que si la sentencia que se ejecuta es confirmada, las actividades ejecutivas provisionalmente realizadas devendrán definitivas sin necesidad de ninguna ratificación u homologación.

A estos efectos, consideraríamos oportuno *de lege ferenda* que en el artículo 528 de la LEC se incluyeran como causas de oposición a la ejecución provisional las previstas para la ejecución ordinaria en los artículos 556 y siguientes o que, al menos, se suprimiera del párrafo segundo del artículo 528, el término «únicamente», en aras de dejar claro que las causas de oposición contempladas en dicho precepto no constituyen un *numerus clausus*, lo que podría ser ratificado con una pequeña modificación del párrafo segundo del artículo 524, que podría quedar redactado en los siguientes términos: «La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el *órgano judicial* competente para la primera instancia, *siendo aplicables las mismas causas de oposición a la ejecución y excluyéndose la aplicación de lo dispuesto en el artículo 548 (50) de este texto legal*». No obstante, y aun con la regulación actual, nos atrevemos a defender la posibilidad de que se aleguen en la ejecución provisional las causas de oposición operantes en la ejecución definitiva; si bien, sería muy conveniente que la ley lo estableciera expresamente, pues así se evitarían algunos problemas, entre ellos, el relativo a si el plazo para alegar dichas causas es el de diez días que contempla el artículo 556 o el de cinco días que rige con carácter general en la oposición a la ejecución provisional.

(49) Cfr. ARMENTA DEU, T., «La ejecución provisional», *op. cit.*, pág. 127.

JIMENO BULNES, M., «Aspectos generales de la ejecución forzosa: aportaciones del nuevo Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. I, 1999. pág. 1739.

(50) Dicho precepto establece la imposibilidad de despachar ejecución en un plazo de veinte días posteriores a la notificación de la sentencia al ejecutado, por lo que no tiene razón de ser su aplicación en la ejecución provisional, pues si la *ratio* de dicho plazo es que el ejecutado cumpla voluntariamente, dicha previsión resulta innecesaria cuando éste ha recurrido la resolución, ya que es lógico pensar que el cumplimiento no es el propósito del ejecutado cuando ha impugnado la sentencia.

- c) Oposición del cónyuge que no ha contraído la deuda en caso de embargo preventivo de bienes gananciales

En el caso de que como medida cautelar se acuerde en un juicio declarativo el embargo preventivo de bienes gananciales *ex* artículo 727.1.º de la LEC, aunque no nos hallemos en el seno de un proceso de ejecución, estimamos que resulta aplicable el artículo 541 de la LEC (al menos en sus apartados 2.º y 4.º), debiendo notificarse dicho embargo al cónyuge no deudor que, al igual que el demandado, podrá interponer recurso de apelación contra el auto acordando la medida (art. 735) o, en el caso de que ésta se haya acordado *inaudita parte*, podrá oponerse en el plazo de veinte días desde que tenga conocimiento del embargo de gananciales, pudiendo ofrecer caución sustitutoria de la medida en aras de que se alce el embargo.

B) *Oposición basada en que el débito no tiene naturaleza ganancial*

A tenor de lo previsto en el apartado segundo del artículo 541, cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges pero que sean responsabilidad de la sociedad de gananciales, el cónyuge del deudor no sólo podrá oponerse por las mismas causas que corresponden al ejecutado sino que además podrá fundar su oposición en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda.

Ambas causas de oposición podrán alegarse incluso en un mismo escrito, si bien existe una diferencia sustancial entre ellas, pues mientras que si el cónyuge no deudor se opone utilizando los mismos mecanismos de oposición que corresponden a su consorte corre a su cargo el *onus probandi*; por el contrario, si su oposición se basa en la negación de la naturaleza ganancial del débito, la carga de la prueba recae sobre el ejecutante, constituyendo una excepción al artículo 217 de la LEC, cuya *ratio legis* se halla en la inexistencia en el ordenamiento civil de una presunción de ganancialidad pasiva similar a la de ganancialidad activa contemplada en el artículo 1.361 del Código Civil (51), sin que tampoco sea posible llegar a dicha conclusión, merced a

(51) Artículo 1.361 del Código Civil: «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

STS de 22 de febrero de 2000 (RAJ 1339): «El artículo 1.361, en relación al 1.316 del Código Civil consagra la presunción ganancial, que goza de acreditada tradición en nuestro Derecho —Ley 203 de Estilo y Novísima Recopilación—, habiendo declarado la jurisprudencia que procede prueba en contrario al tratarse de presunción *iuris tantum*».

En similares términos: STS de 26 de febrero de 2000 (RAJ 1019).

una interpretación analógica del citado precepto, pues lejos de beneficiar resultaría perjudicial para los cónyuges (52).

Por consiguiente, y sin perjuicio de que pueda suponer una *probatio diabólica*, la ley resulta de una claridad meridiana, haciendo recaer en todo caso sobre el acreedor la carga de la prueba del carácter ganancial de la deuda que reclama, por lo que el legislador procesal, secundando la doctrina que ya venía defendiendo la propia DGRN (53), ha puesto fin a una cuestión que no resultaba pacífica, pues mientras algunos autores (54) mantenían la necesidad de que fuera el cónyuge que no había contraído la deuda el que probara su carácter privativo, alegando que la prueba contraria resultaría sumamente difícil para el acreedor; otro sector doctrinal (55) —entre los cuales en su día

(52) La inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva es aceptada casi unánimemente por la doctrina, aunque algún autor se muestra en contra:

Cfr. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «La ganancialidad pasiva», en *RDN*, núm. 117-118, 1982, pág. 20, y en «Los límites de responsabilidad ganancial», en *AASN*, Madrid, 1989, pág. 162. Este autor defiende que toda deuda contraída por un consorte tiene naturaleza ganancial, pues la falta de impugnación por parte del otro cónyuge supone un consentimiento tácito, por lo que considera absurdo que exista una presunción de ganancialidad en relación al activo de la comunidad, pero no respecto al pasivo, pues —en su opinión— donde existe la misma razón han de aplicarse los mismos principios.

(53) La doctrina de la DGRN ha venido propugnando que no se presume que las deudas contraídas por un cónyuge sean además de la sociedad de gananciales, por ser esta tesis la más acorde con el principio de que las obligaciones de una persona no afectan a otra en virtud del principio general de libertad y de las reglas de responsabilidad (arts. 1.911 y 1.827 del Código Civil). Además, también es lo más conforme con lo establecido en el artículo 1.375 del Código Civil, según el cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges; siendo asimismo lo más coherente con el criterio legal sobre presunciones, conforme al cual no hay presunción legal si la Ley no la establece; por lo que, a efectos registrales, ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste en el mandamiento dirigido al Registrador que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen como objeto la reclamación de una deuda que es, además, de la sociedad conyugal. En consecuencia, y con independencia del carácter de la deuda en las relaciones internas, el Registrador, en perfecta coherencia con los principios hipotecarios de tracto sucesivo y de legitimación, ha de considerar que *ad extra* toda deuda contraída por un cónyuge es privativa mientras no se demuestre lo contrario [cfr. entre otras, RRDGRN de 24 de septiembre de 1987 (*RAJ* 6572), 28 de octubre de 1987 (*RAJ* 7664), 18 de marzo de 1988 (*RAJ* 2560) y 4 de junio de 1991 (*RAJ* 4518)].

(54) Cfr. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «Los límites de responsabilidad ganancial», *op. cit.*, pág. 161.

MANRIQUE PLAZA, J., «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales», en *AASN*, Madrid, 1989, pág. 32.

CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1986», *op. cit.*, pág. 4015.

FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1.369 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 731.

(55) Cfr. TORRALBA SORIANO, V., *De la sociedad de gananciales. Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1750.

nos encontrábamos— (56) propugnaba que era al acreedor al que le correspondía probar la ganancialidad del débito, previa audiencia del cónyuge no deudor, al objeto de dar plena efectividad a los principios de audiencia y de contradicción.

No obstante, aunque el apartado segundo *in fine* del artículo 541 tiene al menos la virtualidad de haber puesto fin a una cuestión que no resultaba pacífica, la solución legal adoptada no es del todo satisfactoria, ya que en tanto que la prueba de la responsabilidad de los bienes gananciales no se circunscribe a una mera labor probatoria de una determinada realidad sino a un proceso valorativo, no será el ejecutante el que se halle en la posición más adecuada para conocer la auténtica finalidad a la que se aplicó el gasto (57), si bien esta dificultad viene a ser paliada por el hecho de que la jurisprudencia, consciente de la dificultad que para el acreedor supone la prueba de la ganancialidad de la deuda, nunca ha sido especialmente rigurosa a estos efectos (58).

De todos modos, si en el juicio declarativo del cual dimana la sentencia que se ejecuta ha quedado fijada la naturaleza consorcial del débito, estimamos que esta cuestión no podrá ser de nuevo discutida en el proceso de ejecución, ya que opera la cosa juzgada. En otro caso, no vemos inconveniente alguno en que la ganancialidad de la deuda pueda ser objeto de debate aun cuando en la sentencia tan sólo aparezca como condenado uno de los cónyuges, pues el hecho de que tan sólo uno de los consortes haya actuado en el tráfico jurídico no significa que la deuda deba ser privativa del mismo y lo propio ocurre cuando el débito se encuentre en un título ejecutivo de natura-

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 35, y en «Comentario a la STS de 20 de febrero de 1987», núm. 13, en *CCJC*, enero-marzo de 1987, pág. 4399.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Ed. Lex Nova, S. A., Valladolid, 1991, pág. 433.

SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 112.

BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 474.

(56) Cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1996.

«Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 1994, *RAJ* 2946)», *op. cit.*, pág. 435.

(57) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 541», en *Comentarios a la nueva LEC*, T. III, *op. cit.*, pág. 2581.

(58) Cfr. VÁZQUEZ SALORT, M., «El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia», en *RCDI*, año LXXV, mayo-junio, núm. 652, 1999, pág. 1018. Para este autor resulta criticable que el TS en su jurisprudencia venga manifestando una inclinación favorable al tráfico, facilitando la prueba del carácter ganancial del débito o exigiéndola con poco rigor.

leza no judicial, ya que, sin perjuicio de que el acreedor sólo pueda despachar ejecución frente al que se halle legitimado pasivamente como deudor en dicho título, podrá embargar directamente bienes del acervo común si considera que la deuda es responsabilidad de la sociedad de gananciales. Ahora bien, en este caso deberá probar dicha responsabilidad si el otro cónyuge se opone o cuando aun sin oponerse expresamente, actúe como si la deuda fuere privativa, pidiendo la disolución de la sociedad conyugal. En este último caso la ley no contempla ningún incidente en sede ejecutiva para que el acreedor mantenga la ganancialidad de la deuda (59), lo que no significa que dicha situación no pueda plantearse, pues si al cónyuge del deudor se le brinda la posibilidad de discutir el carácter ganancial del débito cuando el acreedor realice actos que permitan presumir que lo considera como tal (v.gr., embargo directo de gananciales) (60), resulta lógico que el ejecutante también pueda debatir la privatividad del débito cuando el cónyuge del deudor actúe como si el mismo fuere privativo de su consorte, pidiendo la disolución de la sociedad conyugal.

En estos casos puede darse la extraña circunstancia de que el deudor se oponga a las pretensiones de su cónyuge, defendiendo junto al ejecutante y contra su consorte el carácter ganancial de la deuda. Dicho supuesto, que se planteará sobre todo en casos de crisis conyugal, todavía puede convertirse en una situación más paradójica si el cónyuge no deudor también se ha opuesto a la ejecución por cualquiera de los medios de impugnación que la ley brinda al ejecutado; ya que, por un lado y respecto a estos medios, se encontrará en la misma posición que su esposo; pero, por otro lado, el deudor se hallará al lado del ejecutante en lo referente a la negación del carácter privativo de la deuda (61).

2. DEUDAS PRIVATIVAS DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Cuando el ejecutante dirija la ejecución contra uno de los cónyuges por deudas privativas de éste o cuando no consiga probar su carácter ganancial

(59) Cfr. CRESPI FERRER, L., «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», *op. cit.*, pág. 38. Este autor mantiene que lo correcto en estos casos sería sustanciar una cuestión incidental de previo pronunciamiento encajable en el artículo 391.3 de la LEC.

(60) El embargo directo de bienes gananciales permite presumir que el acreedor considera que la deuda tiene carácter ganancial, pues cuando el débito tiene naturaleza privativa, el embargo de bienes de la sociedad conyugal sólo puede practicarse en defecto o por insuficiencia de los bienes propios del deudor.

(61) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 541», en *Comentarios a la nueva LEC*, *op. cit.*, pág. 2581.

ante la oposición del otro cónyuge, *ab initio* el embargo habrá de practicarse sobre bienes propios del ejecutado, sin perjuicio de que, en caso de insuficiencia o inexistencia de éstos, puedan ser trabados subsidiariamente bienes gananciales, ya que, sin perjuicio de que algunas normas sustantivas puedan inducir a confusión [v.gr., arts. 995 (62) y 1.372 del Código Civil] (63), la responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales por deudas propias de uno de los cónyuges está establecida *ex lege*.

(62) El artículo 995 del Código Civil, en relación a las *deudas hereditarias*, establece que no responderán los bienes de la sociedad conyugal cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario por persona casada y no concurra el otro cónyuge a prestar su consentimiento, por lo que dicho precepto pudiere suscitar la cuestión de si en los supuestos de deudas hereditarias propias de un cónyuge resulta posible el embargo de bienes gananciales con carácter subsidiario para el caso de que sean insuficientes sus bienes privativos. *Ab initio*, a favor de una respuesta negativa se pudiera alegar el tenor literal del citado precepto y la máxima según la cual *ley especial prevalece sobre ley general*; sin embargo, dicha interpretación resulta incoherente, perjudicial para los acreedores y atentatoria del principio de igualdad, ya que nada justifica que los acreedores hereditarios de un cónyuge sean de peor condición que los demás acreedores por deudas propias. Por lo que procede entender que el artículo 995 del Código Civil se limita a establecer la irresponsabilidad *directa* (no subsidiaria) de los bienes gananciales en los casos en que se acepte una herencia sin beneficio de inventario por un cónyuge sin contar con el consentimiento del otro (cfr. BLANQUER ÜBEROS, R., «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», en *AAMN*, T. XXV, 1982, pág. 131; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, págs. 110 y 111).

(63) En relación con las *deudas del juego*, el artículo 1.372 del Código Civil establece que de lo perdido y no pagado en los juegos, en los que la ley concede acción, responden *exclusivamente* los bienes privativos del deudor, por lo que también se suscita la cuestión de si el acreedor se puede dirigir subsidiariamente contra los bienes gananciales si los privativos fueran insuficientes. A favor de una respuesta negativa se argumenta que en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico-matrimonial de 1979, el artículo 1.372 establecía: «Será de aplicación lo dispuesto en el artículo siguiente a lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane» (el art. siguiente era el 1.373), redacción que no ha pasado al texto definitivo de la ley en la que el artículo 1.372 no remite al artículo 1.373 (cfr. FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1.369 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 682 y 683). Sin embargo, parece más oportuno seguir la postura contraria, ya que por aplicación del artículo 1.911 del Código Civil, el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros; por lo que si los bienes gananciales no resultan responsables, ni siquiera subsidiariamente, el deudor no está respondiendo con todos los bienes que en realidad le pertenecen (cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 108). Bien es cierto que, por un lado, pudiera pensarse que se intenta proteger al cónyuge no deudor en los supuestos en que las deudas de su consorte tengan su origen en el juego, pero, por otro lado, no se entiende que en este caso opere a su favor dicho privilegio y que, sin embargo, en casos más graves, como cuando el débito dimana de la responsabilidad civil nacida de un hecho delictivo, no se establezca dicha excepción (cfr. BELLO JANEIRO, D., «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, págs. 439 y 440).

En este caso el cónyuge no deudor, además de oponerse en defensa de los bienes gananciales por las mismas causas que corresponden al ejecutado, podrá solicitar la disolución de la sociedad de gananciales.

A) *Oposición por las mismas causas que el ejecutado*

A tenor de lo previsto en el artículo 541.4 de la LEC tanto sea la deuda ganancial o privativa de uno de los cónyuges, el cónyuge que no la haya contraído se podrá oponer invocando los recursos y medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los bienes de la sociedad de gananciales. No obstante, a pesar de la literalidad de la ley, algún autor (64) estima que cuando la deuda sea privativa no resulta procedente dotar al cónyuge no deudor de los mismos mecanismos de oposición de que se puede servir el ejecutado; opinión que aunque en principio no compartimos (65), estimamos que debe ser objeto de matización, ya que aunque legalmente no se establece diferenciación alguna, resulta lógico pensar que el cónyuge no deudor tan sólo podrá actuar en defensa de los bienes gananciales cuando consienta el embargo de los mismos, pero no cuando solicite la disolución de la sociedad conyugal con objeto de que una vez liquidada se sustituya la traba de bienes comunes por la parte que le corresponda al cónyuge deudor en la sociedad de gananciales.

A estos efectos, entendemos que si el cónyuge no deudor se opone a la ejecución utilizando los medios de impugnación que la ley pone a disposición del ejecutado, tácitamente está consintiendo el embargo, por lo que no podrá simultáneamente interesar la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que en el caso de que sus esfuerzos para defender los bienes gananciales resulten vanos por ser desestimada la oposición a la ejecución, pueda ulteriormente intentar defender sus propios intereses solicitando la disolución de la sociedad conyugal.

(64) Cfr. BENAVENTE MOREDA, P., «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, año LXXVII, número conmemorativo del 75.º aniversario de la fundación de la Revista. 1925-1931. núm. 657, pág. 802. Para esta autora, cuando la deuda es privativa no resulta procedente dotar al cónyuge no deudor de los mismos recursos y medios de impugnación de que se puede servir el ejecutado.

(65) En igual sentido: cfr. SENES MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», *op. cit.*, págs. 130 y 133. Esta autora estima que cuando el ejecutante consiga probar la responsabilidad de la sociedad de gananciales por una deuda contraída por un cónyuge, o bien cuando siendo la deuda privativa de un consorte el otro consienta el embargo sobre los bienes gananciales, está plenamente justificada la actuación procesal del no deudor en defensa de la sociedad común.

B) *Oposición al embargo de bienes gananciales por existir otros bienes privativos del deudor*

En el supuesto de que la deuda sea privativa de uno de los cónyuges, el embargo de bienes gananciales tan sólo debe practicarse en caso de insuficiencia o inexistencia de bienes propios del deudor, por lo que aunque la ley no prevé expresamente esta causa de oposición, su viabilidad se encuentra implícita en la *ratio legis* de los artículos 541.3 de la LEC y 1.373 del Código Civil que en caso de deudas propias de uno de los cónyuges tan sólo prevén el embargo de bienes gananciales de forma subsidiaria, por lo que en estas situaciones no existe inconveniente alguno en que el cónyuge no deudor ejercite una especie de derecho de excusión, interesando *ex* artículo 612 de la LEC, la sustitución del embargo de todos o parte de los gananciales trabados por otros bienes privativos de su consorte que todavía no hubieren sido embargados.

Para que sea eficaz esta causa de oposición no bastará con que el cónyuge no deudor indique de modo genérico la existencia de bienes propios de su consorte sino que deberá señalar bienes concretos del mismo que todavía no hubieren sido objeto de traba. En este caso, lo más oportuno es que de su petición se dé traslado al ejecutante para que alegue lo que a su derecho convenga, decidiendo finalmente el Juez sobre el alzamiento del embargo de todos o de parte de los gananciales trabados, teniendo en cuenta el principio de suficiencia del embargo contemplado en el artículo 584 de la LEC y ponderando el valor de los bienes privativos cuyo embargo se interesa en sustitución de los gananciales trabados.

Algún autor (66) estima que en tanto que en estos supuestos el ejecutante ha inducido al órgano judicial a extender la ejecución frente a bienes *no autorizados*, podría resultar responsable de los daños y perjuicios causados *ex* artículo 538.4 de la LEC. A nuestro juicio, dicha afirmación resulta un tanto arriesgada, pues aunque un sector doctrinal (67) hace recaer en el acreedor la

(66) Cfr. CARRERAS MARAÑA, J. M., «Títulos ejecutivos», en *LEC XX comentada*, Vol. II. Coordinadores: MARTÍNEZ-PRADO y LOSCERTALES FUERTES, Ed. Sepín, pág. 1196. Este autor considera que el ejecutante podrá ser responsable y deberá indemnizar, conforme al artículo 538.4 de la LEC, si induce al Tribunal a extender la ejecución frente a bienes no autorizados.

En distintos términos se pronuncia RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 183. Este autor estima que será el ejecutado el que deberá compensar a la comunidad por el importe del daño que a ésta le haya ocasionado el embargo indebido de bienes gananciales a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.390 del Código Civil.

(67) Cfr. REBOLLEDO VÁRELA, A., «Deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales», en *La Ley*, T. 2, 1986, pág. 603. Este autor establece, no obstante, que la prueba debe ser mínima.

BELLO JANEIRO, D., «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 326.

carga de probar la insolvencia del patrimonio privativo de su deudor antes de proceder al embargo de bienes gananciales, estimamos que dada la dificultad de la prueba de los hechos negativos y en tanto que dicha exigencia no se deduce de la letra de la ley (68), resulta más correcto admitir la *mera manifestación* por parte del ejecutante de no haber hallado otros bienes privativos del ejecutado para que el órgano judicial proceda sin más al embargo de bienes gananciales (69), por lo que, a nuestro juicio, la localización posterior de bienes privativos del deudor no podrá ser imputable al ejecutante en aras de hacerle responsable de daños y perjuicios *ex* artículo 538.4. De hecho, y sin perjuicio de que el embargo de gananciales por deudas privativas de un cónyuge tan sólo proceda en caso de insuficiencia o inexistencia de bienes propios del deudor, en la práctica forense el órgano judicial tampoco constata dichas circunstancias antes de proceder al embargo de bienes comunes, por lo que en caso de existir bienes privativos del ejecutado corresponderá al cónyuge no deudor (70)

En similares términos: STS de 3 de junio de 1988 (RAJ 3788). «De considerar que tal precepto (art. 1.373 del Código Civil) requiera como aspecto fáctico esencial, la justificación de que los bienes del cónyuge creador de la deuda a que se pretendan afectar los gananciales cuestionados no son suficientes para hacerla efectiva, lo que no ha sido acreditado por las entidades embargantes de los bienes gananciales tan citados, que era a quien correspondía acreditarlo para poder exigir su actividad embargante contra los bienes gananciales».

(68) Cfr. RAMS ALBESA, J., «Comentario al artículo 46», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, *op. cit.*, pág. 178. Este autor pone de manifiesto, en relación al artículo 46 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés (correlativo del art. 1.373 del Código Civil) que en un principio el texto propuesto por ALBALATE decía: «Las deudas privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y siendo éstos insuficientes el patrimonio común, pero respetando siempre el valor que corresponde al otro cónyuge. *La prueba de este último extremo incumbe a los acreedores*».

Afortunadamente, el texto definitivo del artículo 46 de la CDCA suprimió la exigencia de que los acreedores cargaran con la prueba de acreditar la insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor.

(69) Cfr. GIMÉNEZ DUART, T., «Cargas y obligaciones del matrimonio», en *RDP*, 1982, págs. 552 y 553.

TORRALBA SORIANO, V., «De la sociedad de gananciales. Comentarios a las reformas del Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 1747.

MATA PALLARES, «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada», en *AAMN*, T. XXV, 1982, págs. 354 y sigs.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, T. XXXIX, Fasc. II, abril-junio de 1986, pág. 481.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 182.

RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 382.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3.^a ed., Fasc. 2.º. Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 475. Este autor, aun partiendo de que la carga de la prueba corresponde al acreedor, es consciente de la dificultad que para el mismo puede suponer la prueba de un hecho negativo, por lo que admite la mera manifestación de no haber hallado otros bienes.

(70) En este sentido se pronuncia la STS de 2 de julio de 1984 (RAJ 3788) referida al artículo 46 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés (correlativo del art. 1.373 del

poner de manifiesto dicha eventualidad si pretende que se alce la traba sobre los bienes gananciales y que se embarguen los privativos.

- C) *Imposibilidad de que el cónyuge no deudor funde su oposición en que se han embargado bienes gananciales por un valor superior al que pudiere corresponder al cónyuge deudor*

En los supuestos de deudas privativas de un cónyuge si sus bienes propios resultaren insuficientes, los artículos 1.373 del Código Civil y 541 de la LEC permiten el embargo de bienes gananciales, planteándose en este caso la cuestión de *si pueden ser objeto de traba todos los bienes gananciales que se consideren suficientes para cubrir el importe del débito o tan sólo el valor que pudiere corresponder al cónyuge deudor*.

A favor de la primera tesis se ha esgrimido que el embargo subsidiario de cualesquiera bienes gananciales con el único límite de los que fueren suficientes para cubrir el importe de lo debido, perjudicaría excesivamente al cónyuge del deudor, que podría verse privado de la parte que le correspondiera en una futura liquidación de la comunidad al resultar probable que en dicho momento sólo pudiera adjudicarse un crédito de difícil cobro contra el deudor o sus herederos. Asimismo, se ha invocado el artículo 1.911 del Código Civil en tanto que al afectar la traba a más de la mitad de los gananciales, el cónyuge deudor estaría respondiendo con bienes que no le pertenecen ni van a pertenecerle en el futuro. Por lo demás, se ha alegado que esta postura perjudicaría a los acreedores consorciales que verían injustamente afectados sus créditos en el caso de que el cónyuge no deudor consintiera el embargo sin solicitar la disolución del régimen de gananciales. Además, se ha deducido del párrafo segundo del artículo 1.373 del Código Civil que el anticipo que recibe el cónyuge deudor no debe sobrepasar la mitad del valor del patrimonio ganancial y, asimismo, se ha hecho extensivo a la sociedad de gananciales el artículo 1.699 del Código Civil, relativo al contrato de sociedad, deduciendo que si los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo de su parte en el fondo social, del mismo modo en la sociedad de gananciales debe respetarse la parte del cónyuge no deudor (71).

A nuestro juicio, no resultan convincentes estos argumentos, por lo que estimamos que el ejecutante en caso de insuficiencia de los bienes privativos del deudor podrá solicitar el embargo de todos los gananciales que resulten nece-

Código Civil): «Habida cuenta de que la insuficiencia de los bienes privativos del marido, para responder de la deuda por él misma contraída, era prueba no efectuada que correspondía a la esposa demandante, tras realizar la pertinente alegación en tal sentido».

(71) Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 172 y sigs.

sarios para cubrir el importe del débito, pues aunque bien es cierto que esto resulta perjudicial para el cónyuge no deudor, dicho perjuicio ya ha sido previsto por nuestro legislador que brinda al cónyuge no deudor la oportunidad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales. Además, el artículo 1.911 del Código Civil no se vulnera por el hecho de que se embarguen bienes gananciales por importe superior del que pueda corresponder al cónyuge deudor, pues en el caso de que su consorte consienta la traba se reputará que tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal (art. 1.373.2). Asimismo, la solución que defendemos no perjudica a los acreedores comunes, ya que los créditos gananciales tienen preferencia sobre los privativos y tampoco existe base legal alguna para aplicar por analogía el artículo 1.699 del Código Civil (relativo al contrato de sociedad), pues la sociedad de gananciales tiene sus propias reglas particulares, por lo que aunque dicho precepto faculta a los acreedores de cada socio para pedir solamente el embargo de la parte que corresponda al deudor en la sociedad, no se pueden comparar las relaciones de los socios en una sociedad con las que tienen los cónyuges en la comunidad ganancial en la que el aspecto económico se funde con el afectivo y el personal. Finalmente, este criterio resulta más fácil de conciliar con el tenor literal de los artículos 541.3 de la LEC y 1.373 del Código Civil, que no establecen límite alguno en el embargo de gananciales, a diferencia de lo previsto en los proyectos que precedieron a la redacción definitiva del artículo 1.373 (72), o a lo contemplado en algunas Compilaciones Forales (art. 46 de la Compilación Aragonesa) (73).

(72) En los Proyectos que precedieron a la redacción definitiva del artículo 1.373 del Código Civil, se preveía el embargo de *la parte* que al cónyuge deudor le correspondiera en la sociedad de gananciales:

Así en el artículo 1.368 del Proyecto de Ley, de 4 de octubre de 1978, se indicaba lo siguiente: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de aquellas deudas propias que no estén comprendidas en los artículos anteriores. Si no hubiere bienes privativos o éstos no fueran suficientes para hacerse efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo y remate de la parte que al cónyuge deudor le corresponda en la sociedad legal de gananciales; en cuyo caso se procederá a la disolución y liquidación de ésta de conformidad con lo dispuesto en la sección cuarta de este capítulo. Tras la liquidación dará comienzo una nueva sociedad de gananciales, salvo que el cónyuge no deudor opte por la separación de bienes».

En parecidos términos en el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de aquellas deudas propias que no están comprendidas en los artículos anteriores. Si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de la parte que al deudor le corresponda en la sociedad de gananciales. El despacho de ejecución llevará consigo la disolución de la sociedad».

(73) El artículo 46 de la CDCA prevé expresamente que los acreedores deban salvaguardar *el valor* que en el patrimonio consorcial ostente el otro cónyuge, además de los derechos de los acreedores consorciales.

Por consiguiente, aunque resulten embargados todos o la mayoría de los bienes gananciales, el cónyuge del deudor no puede oponerse solicitando que se reduzca el embargo de manera que éste sólo afecte al valor que pueda corresponder a su consorte en el acervo común, pues únicamente interesando la disolución de la sociedad de gananciales va a conseguir que los bienes gananciales embargados se sustituyan (74) por la parte que corresponda al cónyuge deudor una vez liquidada la comunidad ganancial. La solución puede parecer o no oportuna, pero *de lege data* es la que rige en Derecho Común, sin perjuicio de que en algún Derecho Foral, como el aragonés, se prevea la posibilidad de que *el cónyuge del deudor pueda hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponda, pidiendo la liquidación del mismo al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo y sin necesidad de disolución del consorcio, prosiguiendo la ejecución tan pronto se constate la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo, alzándose el embargo sobre los demás* (art. 43 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad).

D) *Petición de disolución de la sociedad de gananciales*

Habida cuenta la naturaleza de la sociedad de gananciales (75), que no constituye una sociedad romana con cuotas indivisas sino una comunidad germáni-

Procede reseñar que este precepto no salvaguarda *la mitad* sino *el valor* que en el patrimonio común ostente el otro cónyuge —término que resulta mucho más acertado— pues puede ocurrir que un cónyuge contraiga con frecuencia deudas que, ante la insuficiencia de sus bienes privativos, recaigan sobre el acervo común y no sería justo que siempre se pudiera embargar la mitad de los bienes consorciales con independencia de las obligaciones de reembolso que el deudor tuviera pendientes. Por consiguiente, en el activo común neto hay que contar los créditos por anticipos realizados a los cónyuges y en el valor de la participación de cada cónyuge hay que computar como ya recibido el montante de los bienes consorciales empleados en pagar débitos privativos y que todavía no se han reembolsado (cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., «Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa», *op. cit.*, pág. 576).

(74) Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «Sustitución del embargo y alteración del orden legal de prelación de los bienes a embargar», en *Justicia*, núm. I, 1984, pág. 109: La sustitución del embargo es «el acto procesal complejo que engloba, por una parte, el alzamiento decretado mediante resolución judicial de la traba recaída sobre uno o unos determinados bienes y, en segundo lugar, el embargo de otro u otros bienes acordado en la misma resolución con el fin de que ocupe el lugar de la traba levantada».

(75) En torno a las diversas teorías sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales: cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español y Foral*, T. V, Derecho de Familia. Duodécima edición, revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1994, pág. 401 y sigs.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, Derecho de Familia. Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1983, pág. 129.

ca con cuotas ideales en la que no existe un derecho individual de cada cónyuge sobre los bienes concretos que la integran sino que su participación se predica respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio colectivo, en el caso de que resulten embargados bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge, el otro podrá solicitar la disolución, y consiguiente liquidación, de la sociedad de gananciales si pretende salvaguardar sus intereses en la misma.

El artículo 541.3 de la LEC se pronuncia en este sentido, constituyendo este precepto una proyección en el ámbito procesal de lo que el Código Civil ya establecía, no sin cierta polémica, en el artículo 1.373 del Código Civil. De todos modos, el contenido del citado precepto procesal no coincide *stricto sensu* con su *alter ego* en la legislación sustantiva, resultando loable que haya venido a solventar ciertas cuestiones que resultaban confusas:

Así, el artículo 541 ha puesto fin a la polémica existente acerca del *procedimiento* por el que el cónyuge no deudor puede ejercitar su derecho a pedir la disolución de la sociedad conyugal en caso de embargo de bienes gananciales (76), siendo la *voluntas legislatoris* que se ejercite como un medio de

HERNÁNDEZ ROS, «Naturaleza de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición: ¿cuándo se transfieren a la mujer?», en *RDP*, 1943, pág. 507 y sigs.

La mayoría de la doctrina civilista ha venido manteniendo que la sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánico, especialmente desde que sostuvo esta tesis CASTÁN TOBEÑAS, J., «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, 1929.

De todos modos, a raíz de la reforma del Código Civil, de 13 de julio de 1981, la doctrina ya no se muestra tan conforme con estos postulados, pues, en cierto modo, contradicen la legislación vigente que posibilita a un cónyuge ejercitar derechos actuales, contempla numerosos supuestos de disolución de la sociedad conyugal y en algunos preceptos reconoce implícitamente la idea de cuota, entre ellos el propio artículo 1.373 (cfr. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «Los límites de la responsabilidad ganancial», *op. cit.*, pág. 163, y en «La comunidad ganancial», *op. cit.*, pág. 143; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales», *op. cit.*, pág. 77 y sigs.; MAGARIÑOS BLANCO, V., «Sociedad de gananciales y sociedad civil», en *AASN*, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 305 y sigs.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 45; RAMS ALBESA, J., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 37).

(76) Con anterioridad a la vigente LEC, la doctrina discutía acerca del procedimiento por el que el cónyuge del deudor debía ejercitar la opción que le brindaba el artículo 1.373 del Código Civil.

Así, había autores que defendían que el mecanismo oportuno era la interposición de una *tercera de dominio*. Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 494 y sigs.; «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», en *AASN*, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 292; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1984», en *CCJC*, núm. 6, septiembre-diciembre de 1984, pág. 1941; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales», *op. cit.*, pág. 541; RAMS ALBESA, J., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 386, y en «Comentario al artículo 46», en *Comentarios a*

oposición a la ejecución, mecanismo procesal que nos es grato reconocer habíamos defendido como el más adecuado en estas situaciones (77).

Asimismo, resulta loable que la LEC prevea expresamente para el caso de que el cónyuge no deudor opte por pedir la disolución del consorcio que se produzca la *suspensión de la ejecución* en lo relativo a los bienes comunes (art. 541.3 *in fine*), ya que lo lógico es realizar primero la liquidación y posteriormente reanudar la ejecución sobre todos o parte de los bienes concretos que se adjudiquen al ejecutado (78), pues no sería coherente continuar el proceso de ejecución con el riesgo de que en la liquidación del consorcio

la Compilación de Derecho Civil de Aragón, *op. cit.*, pág. 181; REBOLLEDO VÁRELA, A., «Deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 602; BELLO JANEIRO, D., «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 543 y sigs.; BARRAL DÍAZ, J. M., «La responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros», en *Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales v territoriales de formación*, CGPJ, T. I, Civil, Madrid, 1993, págs. 5 a 32).

Otro sector doctrinal se pronunció a favor de la vía de la *mera comparecencia* ante el órgano judicial (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 253, y en «Comentario del artículo 1.373», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 706; RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, *¡!*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, págs. 175 y 176).

Otro mecanismo de defensa propuesto por la doctrina fue el *incidente de previo y especial pronunciamiento* (cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 210; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1986», *op. cit.*, pág. 4012; FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1.368 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 742; SANCHO ARROLLO y LÓPEZ RIOBOO, J., «Comentario al artículo 46 de la Compilación Aragonesa», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, T. XXXIII, Vol. I, pág. 511, y en «Gestión y pasivo de la comunidad aragonesa», Actas del foro de Derecho aragonés. Segundos encuentros. Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pág. 58; OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «De nuevo en torno al artículo 1.373 del Código Civil y al embargo de bienes gananciales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1999 (La Ley 1999, 21 87)», en *La Ley*, T. 3, 1999, págs. 1887 y 1888). El TS vino a reconocer la procedencia de este incidente en la STS de 12 de enero de 1999 (RAJ 35), si bien con anterioridad ya había sido admitido por el TSJ de Navarra en la sentencia de 10 de mayo de 1997, la cual constituyó la primera resolución de un Tribunal de casación —aunque de ámbito autonómico— que reconocía la bondad de este medio de defensa como traducción procesal del artículo 1.373 del Código Civil.

(77) Cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., «La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge», *op. cit.*, pág. 54 y sigs.

«Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994, RAJ 2946)», *op. cit.*, pág. 443.

(78) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia», *op. cit.*, págs. 442 y 443: «Lo normal y lo que acaso pensó, pero no dijo el legislador, es que el patrimonio consorcial no sólo se disuelva sino que se liquide, recayendo la traba sobre la porción de bienes limpios de deudas comunes adjudicada al cónyuge demandado».

no se le adjudicara al deudor bien alguno por pesar sobre el acervo común otras deudas, ya que los acreedores consorciales resultan preferentes en el cobro (art. 1399.1 del Código Civil) (79). No obstante, la suspensión de la ejecución respecto a los bienes gananciales embargados se ha de interpretar en su justa medida en aras de no dejar desprotegido al ejecutante, por lo que no existirá inconveniente alguno en acordar medidas de garantía sobre los embargos trabados, resultando asimismo factible proceder al embargo de otros bienes que en el caso de que fueren gananciales no podrán suscitar una nueva petición de disolución del consorcio sino una mera solicitud de suspensión de la ejecución respecto a los mismos.

De todos modos, sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 541 de la LEC no ha solventado todos los problemas que el artículo 1.373 del Código Civil venía planteando en la práctica forense, resultando reprobable que haya re-producido algunas de sus lagunas e imprecisiones:

Así, en primer lugar, resulta lamentable que la LEC no haya establecido el *plazo* en que el cónyuge no deudor puede interesar la disolución del consorcio de manera similar a lo previsto en algunas Compilaciones Forales como la de Navarra (9 días) o el País Vasco (15 días), ya que a falta de previsión legal

RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo, II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 179: «No cabe el remate del "derecho abstracto" sobre el patrimonio ganancial porque:

— El llamado "derecho abstracto" no es propiamente un derecho subjetivo (no puede ser propiamente objeto de un derecho subjetivo un complejo que integra, a su vez, una pluralidad de derechos y, además, obligaciones).

— No es posible su enajenación, entendida en el sentido de sustitución plena del sujeto titular.

— No es susceptible de justa valoración: no siendo el "derecho abstracto" un bien, carece en la LEC de reglas de valoración; el derecho abstracto no es un valor, es una incógnita».

En parecidos términos:

MATA PALLARES, «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada», *op. cit.*, pág. 347. Este autor, aunque con reservas, mantenía que el proceso de ejecución debía paralizarse hasta que se practicara la liquidación.

DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1.373 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Ed. EDERSA, T. XVIII. Vol. 2. Madrid, 1984, pág. 334.

TORRALBA SORIANO, V., «De la sociedad de gananciales. Comentarios a la reforma del Derecho de Familia. Artículo 1.373 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1754.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 220.

RAMS ALBESA, J., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 388.

BELLO JANEIRO, D., «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, págs. 580 y 581.

(79) Artículo 1399.1 del Código Civil: «Terminado el inventario se pagarán, en primer lugar, las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia».

expresa y salvo que el órgano judicial conceda un plazo específico con dicho objeto, ha de considerarse —por analogía con lo previsto para la tercería de dominio en el art. 596 de la LEC— que el cónyuge no deudor puede hacer valer dicha pretensión a lo largo de todo el procedimiento de apremio y hasta el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al tercero o al acreedor que lo haya adquirido en la enajenación forzosa. A estos efectos, puede ocurrir que justo antes de sacar el bien a pública subasta o incluso celebrada ésta y antes de entregar el bien al rematante, el cónyuge del deudor haga valer su derecho a pedir la disolución del consorcio, con lo que el principio de economía procesal resultará sensiblemente afectado —sobre todo en el caso de que lo embargado sea un inmueble— al haberse realizado una serie de diligencias que pueden quedar en papel mojado (anotación preventiva de embargo, solicitud de certificación de cargas al Registro de la Propiedad, requerimiento a los titulares de derechos anteriores o preferentes para que informen sobre la subsistencia de sus créditos, requerimiento de títulos al ejecutado, tasación pericial, anuncio de la subasta, etc.), perjudicando dicha demora no sólo al ejecutante, sino también al ejecutado que verá incrementadas las costas a su cargo a causa de unas actuaciones que han devenido inútiles (80).

Bien es cierto que, consciente la doctrina de este problema, ha esgrimido la posibilidad de que en la propia resolución en que se ordene la notificación del embargo del bien ganancial al cónyuge no deudor se le señale un plazo para que pueda optar por pedir la disolución de la sociedad de gananciales (81), pudiendo en otro caso el ejecutante excitar al Juez para que lo señale (82). De todos modos, la máxima de la experiencia nos demuestra que en la práctica forense dichas actuaciones no se llevan a cabo, pues a falta de una previsión

RAMS ALBESA, J., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 457. En opinión de este autor, sólo se puede mantener la literalidad de este precepto en el caso en que las deudas que pesan sobre la comunidad sean líquidas y vencidas y, por tanto, exigibles al tiempo mismo de la liquidación o en el supuesto de que la situación económica del consorcio sea claramente deficitaria, dando lugar a la apertura de un procedimiento consursal. En todas las demás situaciones su interpretación debe ser más moderada, pues sólo supone que la partición puede ser impedida por los acreedores de la sociedad conyugal hasta que se les pague o afiance.

(80) Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «La ejecución laboral y el régimen económico-matrimonial del deudor», *op. cit.*, pág. 370. Este autor manifiesta que un plazo largo para optar por la disolución de la sociedad de gananciales puede ser contrario a la buena fe y puede comportar por parte del optante y de la sociedad de gananciales la asunción de las costas generadas innecesariamente durante el procedimiento de apremio, a incluir en el inventario ganancial.

(81) Cfr. CRESPI FERRER, L., «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», *op. cit.*, pág. 39.

(82) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 541», en *Comentarios a la nueva LEC*, *op. cit.*, pág. 2589.

legal expresa, los órganos judiciales no señalan *motu proprio* plazo alguno para pedir la disolución y tampoco el ejecutante suele interesar al tribunal un pronunciamiento en tal sentido, quizá temeroso de que sirva para ilustrar al cónyuge no deudor de un privilegio que le brinda la ley y que puede ser que ignore, ya que en muchas ocasiones dicha prerrogativa procesal no se ejercita por su mero desconocimiento, resultando, a nuestro juicio, muy conveniente que la ley estableciera expresamente la necesidad de que en la propia notificación al cónyuge no deudor del embargo de un bien ganancial se le informara de sus derechos *ex artículo* 541 de la LEC, pues si bien es cierto que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, por el contrario —y lamentablemente— sí que impide ejercitar los derechos que la misma contempla.

En segundo lugar, también resulta reprobable que el artículo 541 de la LEC, lejos de aclarar el contenido del artículo 1.373 del Código Civil, lo haya ensombrecido, suscitando dudas acerca de si, solicitada por el cónyuge no deudor la *disolución de la sociedad conyugal*, ésta se deberá acordar en todo caso.

Con anterioridad a la promulgación del artículo 541 de la LEC, la mayoría de la doctrina (83) consideraba que la disolución del consorcio se producía *ope legis*, es decir, automáticamente, por el mero hecho de que el cónyuge no deudor ejercitara la facultad de defensa prevista por la Ley, ya que el artículo 1.373 es, a este respecto, de una claridad meridiana al establecer que *el embargo de bienes gananciales será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte* (84) *que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en*

(83) Cfr. RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», en *RDP*, 1982, pág. 590.

TORRALBA SORIANO, V., «De la sociedad de gananciales. Comentarios a la reforma del Derecho de Familia. Artículo 1.373 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1753.

OLAVARRÍA TÉLLEZ, A., «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales», en *AASN*, 1989, pág. 348.

REBOLLEDO VÁRELA, A., «Deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 603.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 481.

RAMS ALBESA, J., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 388.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones*, sexta edición, revisada y puesta al día, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 211.

BELLO JANEIRO, D., «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 567.

FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1.369 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 727.

RIVAS TORRALBA, R., «Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 1197.

(84) Algunos autores han considerado esta redacción desacertada, ya que al utilizar el término «parte» parece dar a entender que los cónyuges tienen «partes» en la sociedad

cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Sin embargo, vigente el artículo 541 de la LEC, resulta ambigua la discrecionalidad del órgano judicial a este respecto, al establecer el citado precepto que si el cónyuge deudor optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, «*el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre la división del patrimonio*», lo que suscita la duda de si el Juez puede denegar la disolución del consorcio en ciertos supuestos como nimiedad de la deuda o cuando se advierta una clara finalidad defraudatoria (85) o si, por el contrario, la audiencia de los cónyuges a que se refiere el artículo 541.3 de la LEC, no tiene por objeto que el órgano judicial decida sobre la disolución del régimen ganancial sino que los cónyuges se pronuncien acerca del procedimiento en que van a llevar a cabo la partición (86). Esta última opinión se encuentra avalada por el hecho de que, a diferencia de lo previsto en el artículo 1393.2 del Código Civil, en el que el cónyuge que insta la disolución debe probar la realización por parte de su consorte de actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro (87); en el supuesto que nos

conyugal, acercando dicha sociedad a una comunidad romana o por cuotas, siendo que lo que ha de interpretarse es que el embargo de bienes comunes se debe sustituir por la traba de los bienes que al cónyuge deudor se le adjudiquen como consecuencia de la liquidación del consorcio. Cfr. RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, pág. 589.

(85) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 541», en *Comentarios a la nueva LEC*, *op. cit.*, pág. 2591. Esta tesis era ya defendida con anterioridad a la existencia del artículo 541 por una doctrina minoritaria que mantenía que el artículo 1.393 del Código Civil debía integrar el artículo 1.373, debiendo ser el órgano judicial el que, a la vista de las manifestaciones efectuadas por el cónyuge no deudor, decidiera, mediante resolución judicial motivada, sobre la subsistencia o disolución del régimen económico-matrimonial, rechazando dicha petición en determinados supuestos: como cuando el acreedor ejecutante fuera el propio cónyuge del deudor, cuando la cuantía de la deuda fuera insignificante en relación al caudal común o cuando la deuda privativa contraída por un cónyuge sea a cargo de la sociedad de gananciales. Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 194 y sigs.

(86) Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «La ejecución laboral y el régimen económico-matrimonial del deudor», en *El tercero en la ejecución laboral*, *op. cit.*, págs. 370 y 371.

(87) Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA. Madrid, 1982, pág. 334. Este autor, en relación a la causa de disolución prevista en el artículo 1393.2 del Código Civil, sostiene que no basta con que el cónyuge que la solicite pruebe uno o dos actos de disposición o de gestión patrimonial efectuados por su consorte que entrañen fraude, daño o peligro para el solicitante, sino que es preciso que se acumulen varios actos, tal y como se deduce del tenor literal de dicho precepto al decir: «venir el otro cónyuge realizando por sí solo...».

En contra: RAMS ALBESA, J., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 413. Según este autor no se requiere habitualidad en la deslealtad para poder exigir la disolución ex artículo 1393.2 del Código Civil, siendo suficiente con un solo acto grave para que proceda.

ocupa las circunstancias concurrentes relegan de la prueba al solicitante de la disolución, por ser una situación que *per se* ya es perjudicial y peligrosa para los intereses del cónyuge no deudor.

A nuestro juicio, de una interpretación sistemática de los artículos 1.373 del Código Civil y 541 de la LEC, procede entender que interesada la disolución de la sociedad de gananciales a causa del embargo de bienes comunes, el órgano judicial deberá acceder a dicha solicitud, salvo en los casos en que el ejecutante haya acreditado el carácter ganancial del débito o que la opción de disolver la comunidad ganancial no se ejercite por el propio cónyuge del deudor, pues ni siquiera los acreedores consorciales pueden ejercitar dicha pretensión por vía subrogatoria (88).

De lege data, la solución no puede ser otra, aunque bien es verdad que la disolución de la sociedad de gananciales a causa del embargo de bienes comunes por deudas de uno de los cónyuges, ha sido tildada por algún autor (89) de desmesurada y conculcadora de la natural permanencia de la sociedad conyugal, sobre todo en casos de deudas insignificantes por parte de uno de los cónyuges; sin embargo, nos pese o no, la Ley es clara al respecto, sin perjuicio de que pudieran haberse conseguido similares resultados excluyendo el mecanismo de la disolución automática como se ha hecho en el Derecho Foral aragonés [arts. 46 de la Compilación aragonesa (90) y 43 de la Ley

(88) La disolución sólo puede ser instada por el cónyuge no deudor, por lo que si éste consiente el embargo y, por consiguiente, no tiene lugar la disolución de la sociedad conyugal, los acreedores consorciales no podrán ejercitar una acción revocatoria o pauliana para impugnar el hecho de que el cónyuge del deudor no ejercite la opción de solicitar la disolución, sin perjuicio de poder impugnar la relación jurídica que dio origen al débito privativo en el caso de que fuera concertado con objeto de sustraer bienes gananciales (cfr. RÁGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, págs. 239 y 240; SABATER MARTÍN, A., «Comentario del artículo 541», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinadores: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M., y VALLS GOMBAU, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Iurgium Editores Atelier. Barcelona, 2000, pág. 2610).

(89) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *El nuevo Derecho de Familia, T. II (Régimen de filiación y sociedad de gananciales)*, Madrid, 1981, pág. 243.

(90) Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., «Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa», *op. cit.*, pág. 588: «La posibilidad de "exigir" la disolución de la comunidad conyugal en cualquier caso de aplicación del artículo 46 es contraria al espíritu que lo informa y carente de justificación. Sólo en los casos límite en los que, salvados los derechos de los acreedores comunes y el valor de la participación del cónyuge no deudor, no queden suficientes bienes comunes, tras el pago de la deuda privativa, para seguir atendiendo las necesidades familiares sin poner en peligro la participación del otro cónyuge parece adecuada la disolución del régimen económico-matrimonial a petición unilateral del cónyuge presunto perjudicado».

RAMS ALBESA, J., «Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Segundos Encuentros*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pág. 59, y en «Comentario al artículo 46», en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, op. cit.*, pág. 182. Este autor pone de manifiesto que la idea y

aragonesa 2/2003, de 12 de marzo, de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad (91)].

De todos modos, también es verdad que el cónyuge no deudor siempre puede optar por la subsistencia de la sociedad conyugal, consintiendo el embargo de gananciales, pues los artículos 541 de la LEC y 1.373 del Código Civil así lo contemplan, difiriendo la redacción definitiva de este último precepto de la de los Proyectos de 4 de octubre de 1978 y de 14 de septiembre de 1979, en donde el mero embargo de bienes comunes conllevaba inexorablemente la disolución de la sociedad conyugal.

En tercer lugar, y siguiendo con la crítica constructiva del artículo 541, resulta reprochable que dicho precepto no haya previsto las *consecuencias de no proceder a practicar la liquidación de la sociedad de gananciales una vez interesada por el cónyuge no deudor la disolución de la misma*, pues dicha laguna legal puede dejar la puerta abierta a conductas fraudulentas por parte de los cónyuges que pretendan demorar indefinidamente la partición, manteniendo mientras tanto en suspenso la ejecución sobre los bienes gananciales, pues la ejecución de una cuota sin liquidar no es posible —aunque algún autor la admita— (92), ya que la enajenación forzosa en estos supuestos estaría abocada indefectiblemente al fracaso (93).

la dicción del artículo 46 de la CDCA no sólo obvia sino que excluye conscientemente el mecanismo de la disolución automática de la comunidad ante la oposición al embargo de consorciales por parte del cónyuge no deudor, siendo posible proceder a una liquidación sin previa disolución del consorcio.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Segundos Encuentros*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pág. 61. En el mismo sentido, este autor también pone de relieve que el artículo 46 de la CDCA da por supuesto que la comunidad puede continuar.

(91) El artículo 43 de la citada ley prevé que cuando en una ejecución sobre bienes comunes seguida por deudas de las que no respondan frente a terceros los bienes comunes, el cónyuge del deudor quiera, en el procedimiento previsto por la LEC para la ejecución de bienes gananciales, hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, podrá pedir la liquidación del mismo al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, sin disolución del consorcio, prosiguiendo la ejecución tan pronto se constate la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo y sólo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás.

(92) Cfr. MANRIQUE PLAZA, J., «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 36. Este autor admite la ejecución de la cuota sin liquidar, aunque reconoce que resulta problemática.

(93) STS de 29 de abril de 1994 (RAJ 2946): «Esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1.373 del Código Civil; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se pudiera hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota

A estos efectos, lo más oportuno hubiera sido que el artículo 541 de la LEC hubiese contemplado expresamente la necesidad de que el órgano judicial, tras oír a los cónyuges, les concediera un plazo (94) para presentar la correspondiente liquidación practicada extrajudicialmente o para solicitar la formación de inventario ante el Juzgado (art. 808 de la LEC), ya que la falta de previsión legal a este respecto suscita la cuestión de qué actitud adoptar si el cónyuge no deudor mantiene una posición pasiva y no solicita dicha liquidación.

Algunos autores estiman que el órgano judicial deberá proceder de oficio a practicar la liquidación (95), aunque dada la dificultad para practicar dichas operaciones sin la colaboración de los cónyuges se ha defendido, incluso, la posibilidad de imponerles multas coercitivas (96). No obstante, otro sector doctrinal (97) considera que será el acreedor que ha instado el proceso de

abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad».

(94) La Ley no impone la necesidad de comenzar y terminar la liquidación en un determinado plazo, si bien la doctrina ha venido entendiendo que el órgano judicial deberá fijar un plazo prudencial:

Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 485.

RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, pág. 589.

TORRALBA SORIANO, V., «De la sociedad de gananciales. Comentarios a la reforma del derecho de familia. Artículo 1.373 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1753.

OLAVARRÍA TÉLLEZ, A., «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales», *op. cit.*, pág. 354.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 220.

BELLO JANEIRO, D., «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 582.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «La ejecución laboral y el régimen económico-matrimonial del deudor», en *El tercero en la ejecución laboral*, *op. cit.*, pág. 372.

(95) Cfr. GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, «Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales», *op. cit.*, pág. 855.

(96) Cfr. SALGADO CARRERO, C., «Los títulos ejecutivos: las sentencias y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general. Las partes de la ejecución y el tribunal competente», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 49; ALMENAR BELENGUER, M., «La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes: requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 279.

(97) Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 220.

OLAVARRÍA TÉLLEZ, A., «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales», *op. cit.*, pág. 355.

ejecución el que podrá solicitar, por vía subrogatoria, la liquidación de la misma, dado el perjuicio que la demora de la liquidación le produce. Sin embargo, por nuestra parte, resulta mucho más acertada una tercera postura según la cual si el cónyuge del deudor no se preocupa de instar la liquidación de la sociedad conyugal en el plazo que se le haya concedido al efecto, ha de entenderse que renuncia a la defensa de sus derechos y que, por consiguiente, consiente el embargo del acervo común (98).

La división del patrimonio ganancial se realizará con arreglo a lo dispuesto en la LEC (Capítulo II del Título II del Libro IV) (99). En principio si los cónyuges están de acuerdo, la liquidación puede realizarse convencionalmente (arts. 806 y 810.4); no obstante, al tratarse de una liquidación en el seno de un proceso de ejecución, el órgano judicial tampoco podrá aceptar convenios abusivos claramente perjudiciales para el ejecutante, como supondría un acuerdo en el que, por ejemplo, se adjudicara al cónyuge no deudor los inmuebles embargados por el ejecutante —que quedarían libres de traba— y al deudor los bienes muebles (100). En caso de que los cónyuges no se pongan de acuerdo, al igual que cuando se permita instar la liquidación al ejecutante en vía subrogatoria, ésta se practicará judicialmente acudiendo al procedimiento previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC, si bien es cierto que en tanto que dicho procedimiento liquidatorio fue introducido,

(98) Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 485.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones», *op. cit.*, pág. 193.

BELLO JANEIRO, D., «La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 586.

ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (con la colaboración de MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.), *Derecho Hipotecario. Dinámica registral*. T. VI, octava edición revisada, ampliada y puesta al día, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 313.

(99) Cfr. BENAVENTE MOREDA, P., «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», *op. cit.*, pág. 803. Esta autora ha puesto de manifiesto los problemas que puede acarrear en la práctica que el propio Juez executor tenga competencia para liquidar la sociedad de gananciales.

RÍOS SALMERÓN, B., «El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y la ejecución social», en *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 15-16, agosto de 1999, pág. 65. ¡Si nos hallamos en una ejecución social, este autor se plantea una duda de índole competencial, preguntándose si el Juez social deberá proceder a la liquidación de la sociedad en uso de una competencia prejudicial genérica asignada por la LOPJ en su artículo 10.1 y en el artículo 4.1 de la LPL o si, por el contrario, habrá de remitir a las partes al Juez civil, confiriéndoles un plazo para iniciar el correspondiente procedimiento con suspensión de la ejecución sobre bienes comunes. El referido autor, finalmente, concluye que bien pudiera sostenerse la primera alternativa por gozar de suficiente base legal y por ser rápida y eficaz.

(100) Cfr. RIVAS TORRALBA, R., «Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 1197.

a instancia del CGPJ, con cierta celeridad en el Anteproyecto de la LEC, no está previsto expresamente para resolver los problemas que presenta la disolución del consorcio en el supuesto que nos ocupa (101).

Finalmente, y acabando con las apostillas que nos atrevemos a realizar en relación al artículo 541.3 de la LEC, resulta reprobable que el legislador no se haya pronunciado acerca de la posibilidad de *interesar la disolución de la sociedad conyugal cuando se produzca el embargo preventivo de bienes gananciales*, pues, por un lado, cabe entender que si la *voluntas legislatoris* hubiera sido la de privar al cónyuge no deudor de dicha opción, lo hubiera establecido expresamente, al igual que ha hecho en relación a la práctica del requerimiento de manifestación de bienes (art. 738.2) o respecto a la inadmisión con carácter general de la tercería de mejor derecho (art. 729) en los casos de embargo preventivo. No obstante, por otro lado, no parece oportuno disolver la sociedad de gananciales a causa de un mero embargo preventivo cuyo destino depende de la eventualidad de una sentencia condenatoria y aunque bien es cierto que en estos casos será preceptiva la notificación del embargo al cónyuge del deudor, no está tan claro que el mismo posea la facultad de disolver el consorcio, por lo que se viene defendiendo la procedencia de tener por hechas las manifestaciones que pudiere realizar en este sentido para el momento en que dicho embargo se convierta en ejecutivo (102). De todos modos, si la disolución de la sociedad conyugal llegara a acordarse a consecuencia del embargo preventivo, en el caso de que éste no deviniera ejecutivo, el cónyuge no deudor siempre podría unilateralmente en el plazo de tres meses (103) optar por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.374 del Código Civil.

(101) Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A.. «La ejecución laboral y el régimen económico-matrimonial del deudor», en *El tercero en la ejecución laboral*, *op. cit.*, pág. 371.

(102) Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A.. «La ejecución laboral y el régimen económico-matrimonial del deudor», en *El tercero en la ejecución laboral*, *op. cit.*, págs. 334 y 368.

(103) El artículo 1.274 del Código Civil suscita la duda de si el plazo de tres meses ha de contarse desde la disolución o a partir de la liquidación de la sociedad de gananciales, pues aunque la literalidad del artículo parece deducirse que el cómputo se inicia desde que se disuelva la sociedad de gananciales, resulta más coherente que el punto de partida sea la liquidación de la misma (cfr. DE EOS MOZOS, J. L., «Comentario al art. 1.373 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, pág. 337; TORRALBA SORIANO, V., «De la sociedad de gananciales. Comentarios a la reforma del Derecho de Familia. Artículo 1.373 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1758; LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 443; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 236.

De todos modos, algunos autores mantienen que el plazo de tres meses en buena lógica debe contarse desde la disolución (cfr. RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, pág. 591).

En suma, procede concluir que el embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge constituye una cuestión harto polémica que a pesar de su incidencia en la práctica forense, no se encuentra regulada con demasiado acierto, pues aunque el artículo 541 de la vigente LEC ha venido a otorgar al cónyuge que no ha contraído la deuda la posición de «*cuasiparte*» en el proceso de ejecución dirigido contra su consorte permitiéndole utilizar los mecanismos de oposición a favor del ejecutado, todavía la legislación positiva se muestra demasiado estrecha para solventar la riqueza de cuestiones que se suscitan en esta materia y a las que se ha intentado dar respuesta en el presente artículo.

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑEN
Doctora en Derecho Procesal

Inteligencia artificial *versus* racional

SUMARIO: PREÁMBULO.—LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.—SU APLICACIÓN EN EL CAMPO JURÍDICO PROFESIONAL.—LA DECISIÓN INFORMATIZADA O RESOLUCIÓN AUTOMATIZADA.—CONCLUSIONES.

PREÁMBULO

«*Este mundo nuevo necesita un nuevo DERECHO*».

Esta afirmación podrá ser cierta, pero también lo es que los cambios necesarios no podrán desmarcarse enteramente de los precedentes históricos que, desde sus orígenes, han seguido en todo tiempo una evolución marcada por los hitos clásicos de los sucesivos niveles culturales europeos: La *filosofía griega*, que elevó el pensamiento racional; el *Derecho Romano*, que cristalizó el Derecho Natural; la *buenafe* general, que aportó en todos los órdenes el cristianismo; el *empirismo germánico*, que incorporó como necesario el registro de la experiencia; el *estoicismo anglosajón*, que dominó la sensibilidad popular. Ahora es el tiempo de la «*tecnología científica*», que nace y se desarrolla también en otras áreas mundiales, porque, la realidad social, siempre cambiante por el progresivo aumento del nivel de complejidad de las sociedades avanzadas, sin olvidar sus particulares orígenes, ha debido atender siempre a los avances de la ciencia, lo que impone un continuo proceso de reforma y modernización en todos los campos; y, por consiguiente, también en el de la seguridad jurídica.

El DERECHO, que se creó como garantía de la seguridad colectiva, no es algo abstracto, como el universo, sino que es *el Derecho de nuestra tierra y de nuestra época*, por lo que ineludiblemente arrastra sedimentos históricos, subjetivamente sensibles en su edad primaria (al asumir *las costumbres de los diversos pueblos*), objetivamente evolucionados en la etapa posterior (*la imprenta, la revolución industrial y la electrificación, que prepararon el camino para el trabajo especializado y en cadena*), y técnicamente globalizados en la actualidad (*crisis de fronteras, generalización de la información, acumulación masiva de datos, técnicas modernas de comunicación*). No se trata,

por tanto, de sustituir el Derecho tradicional (*«instituciones del pasado que sobreviven hacia el futuro»*), sino de mejorar su aplicación democrática (*igualdad de oportunidades*), facilitar su conocimiento general (*publicidad registral*) y adaptarlo a las nuevas necesidades superando los nuevos obstáculos (*masificación, rapidez, ubicuidad de instancias, informatización de procedimientos*).

«No hay derechos consagrados, puesto que ni la más solemne proclamación los libera de la erosión del tiempo» (1). No se puede, por tanto, concebir la actividad del jurista como un mero servidor de la ley, sino como un creador del mismo Derecho en un afán, no conservador, sino de mejora y renovación constante del ordenamiento jurídico. *«Cuando hay nuevas demandas, la alternativa no consiste en romper el molde desmontando construcciones jurídicas que son sedimento de anteriores generaciones, sino dar nuevas salidas corrigiendo sus propias contradicciones»*. Para ello, las *nuevas tecnologías* son instrumentos importantes, pero lo es más la formación de buenos profesionales, porque los principios jurídicos *humanísticos* no escritos —*la ética, la moderación y la equidad*— únicamente se transmiten por tradición oral y sólo obtienen una completa explicación en la práctica diaria.

Medios técnicos han existido siempre (*la escritura manual, la imprenta, la máquina de escribir, el ordenador*), pero, ahora, las continuas innovaciones tecnológicas superan toda previsión. Los modernos instrumentos que facilitan el procesamiento y la posterior utilización de una ingente acumulación de datos, la rápida transmisión de los mismos y el empleo de códigos que los ordenan y que permiten recuperar, de inmediato, los necesarios y pertinentes para una utilidad concreta, son cada día más potentes y eficaces. Pero *el emisor y el receptor siguen siendo siempre los mismos: «la persona y los profesionales del Derecho»*. Por eso, lo más esencial es su formación, con el fin de dotarlos de suficientes recursos y ponerlos a disposición de la ineludible evolución de las instituciones vinculadas al Derecho.

En esta nueva era que ahora vivimos, la llamada *«Sociedad de la Información»*, la *informática* se supera cada día en paralelo al vertiginoso crecimiento de la *electrónica*, facilitando el acceso masivo a una universalidad de informaciones y datos almacenados en *bancos*, que pueden ser fácilmente procesados y clasificados por materias, y transmitidos a través de *redes* de comunicación que superan todas las fronteras. Su intervención en la actividad diaria de las personas y, consiguientemente, sus implicaciones socio-jurídicas, se muestran como un fenómeno social progresivo irreversible, dando lugar a nuevas formas de actuación, no sólo por los profesionales del mundo jurídico, sino también, en general, por todos los consumidores y usuarios, al

(1) FERNANDO OLIVAN, Profesor de la Universidad Rey Juan Carlos.

permitir a todos efectuar consultas de *ámbito global* y realizar comunicaciones y transacciones *a distancia*. El llamado «comercio electrónico» y, en general, toda la actividad informática a distancia crea en la realidad social un entorno nuevo que cada día supera sus límites y que demanda una *regulación jurídica especial* que proporcione la seguridad necesaria para poder operar en las redes con total garantía. La *Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y del Comercio Electrónico (BOE 12-7-02)*, ha venido a regular estos servicios incorporando a nuestro ordenamiento las Directrices comunitarias sobre la materia, que regulan las condiciones de validez y eficacia de los contratos electrónicos, las obligaciones de los prestadores de servicios y su responsabilidad, el alcance de las resoluciones judiciales y extrajudiciales dictadas en los conflictos que puedan plantearse, los códigos de conducta y el régimen sancionador. El *Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero (BOE 28-2-03)*, regula los «registros telemáticos» y las «notificaciones telemáticas», así como la utilización de dichos medios para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos. La nueva *Ley General de las Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre (BOE 4-11-03)*, y la *Ley 59/2003, de 19 de diciembre (BOE 20-12-03)*, sobre *firma electrónica*, de reciente aprobación por el Gobierno, han venido a completar este novedoso capítulo de nuestro ordenamiento jurídico.

Todas estas disposiciones generales permiten aspirar en un futuro, que cada día está más próximo, a unas metas de universalidad y seguridad jurídica de suma garantía. Pero, incluso en la realidad práctica actual, la progresiva utilización de instrumentos técnicos de documentación y comunicación y de medios electrónicos de navegación por las redes, tanto por y para con la Administración en general (2), como en los procesos judiciales (3) y en las actuaciones de las Notarías y los Registros de la Propiedad y Mercantiles (4), han venido a demostrar que estos avances tecnológicos son extraordinariamente útiles para incrementar la eficacia de las respectivas actividades (5). El progresivo incremento, constante e irreversible, de

(2) Ley 30/1992, de 25 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en cuyo artículo 38.4 se impulsa el empleo y aplicación de técnicas y medios informáticos y telemáticos por parte de la Administración.

(3) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 162, y Ley Orgánica 19/2003, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, artículo 230.

(4) Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la Sección 8.^a del Capítulo XI del Título V (arts. 106 a 115), regula la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva.

(5) Los Registradores de la Propiedad son pioneros en la tecnología al servicio del Derecho, a pesar de su apariencia tradicional conservadora, promocionando el empleo

su uso nos lleva, incluso, al convencimiento de que en estas modernas técnicas es conveniente ir por delante de las necesidades, pues, aunque su empleo suele conllevar un esfuerzo inicial mayor, del que no es un aspecto menor el coste de su instalación y mantenimiento, también tiene su recompensa en una posición competitiva mejor, lo que va a permitir llevar a cabo proyectos de futuro basados en nuevos servicios, mejores y más baratos, cómodos y seguros y más rápidos.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La ciencia se supera cada día, y ya se tocan cotas consideradas como muy peligrosas. Se intenta por todos los medios emular y hasta superar mediante máquinas no sólo la capacidad sino también las funciones humanas, y ya se trabaja en convertir decisiones racionales características (*directrices personales*) en símbolos numéricos y signos (*códigos informáticos*) y hasta resoluciones profesionales en fórmulas algebraicas mediante el cruzamiento de cálculos «estadísticos» (*estudios de frecuencia en fenómenos susceptibles de numeración y comparación*) con «algoritmos» (*fórmulas de cálculo aritmético o algebraico*), o, lo que es igual, traduciendo las diversas posibilidades o probabilidades de un determinado suceso en «variables» de una ecuación algebraica integrada por diversos «parámetros» conocidos y con una o más «incógnitas» dependientes, de tal forma que *ya es posible interpretar comportamientos humanos, más o menos repetitivos, mediante funciones matemáticas.*

No cabe duda de que las máquinas (*ordenadores*) pueden ser programadas, ya, para llegar a tener un elevado «coeficiente de inteligencia», al igual que se logra con el amaestramiento de los animales; pero, la llamada «*inteligencia emocional*» es exclusiva del hombre. Por eso, aunque sea posible el procesamiento de miles de millones de cálculos en sólo segundos, extremo al que no puede llegar ningún cerebro humano, nunca se logrará que un ordenador, por muy potente que sea, tenga emociones (odio, amor, celos, preferencias, excitación) o pueda tomar decisiones por mera intuición. No obstante, la dependencia humana de los ordenadores es ya una realidad; y va en aumento. El «procesador» está metido en la infraestructura de la vida de los seres humanos, y ya se habla (en «*ciencia ficción*») de poder injertar

de las nuevas tecnologías como vehículo de acercamiento de la Institución registral a la sociedad, y para la modernización de sus oficinas, puesto que confieren rapidez y funcionalidad a la operativa registral, con los beneficios inherentes a la agilización de trámites y a la eliminación, en lo posible, de las actuaciones presenciales, sin pérdida de la seguridad consustancial al Sistema Registral, lo que redundará en un claro beneficio para los ciudadanos en general y en una mejor prestación de servicios para los usuarios en particular.

«chips» en sus cabezas y *programarlos* para determinadas funciones, no sólo para superar determinadas «discapacidades» sino, también, hasta para hacerles perder parte de su libertad frente a un posible «control» automático mediante máquinas, que cada día son construidas con más potencia y más posibilidades.

La potencia de los ordenadores sigue aumentando, y los científicos ensayan un mundo «*virtual*» en un universo electrónico. Según se publica en la prensa (6), la Inteligencia Artificial ya es una realidad en muchos ámbitos de la vida cotidiana. Y, aunque todavía no se ha llegado al superordenador equipado con facultades de racionalidad equiparables a las del ser humano, no se descarta esa meta. Un reciente estudio del laboratorio de IBM asegura que *ya podemos imaginar un ordenador que, en vez de proporcionarnos una lista interminable de páginas más o menos relacionadas con el fenómeno que estudiamos, se limite a capturar «resúmenes» que nos lleven directamente a sus fuentes originarias, o nos den una respuesta adecuada mediante un «análisis sintético» de todo lo que las páginas «web» dicen al respecto, como si estuviera dotado de un potente buscador capaz de procesar en un instante toda la información disponible en «internet» y hasta detectar movimientos de opinión y tendencias. Un «algoritmo» o fórmula matemática se encargará de analizar las relaciones entre esos millones de datos, después de identificar el tipo de asociación necesario entre las variadas informaciones, determinando el grado de integración o de discrepancia («coeficiente de exhaustividad») con el problema concreto.*

Si esto es posible, la solución de muchos problemas que implican la toma de decisiones *profesionales* puede estar en un *programa* manejado por un simple teclado. Pero, no cabe duda de que el grado de complejidad de las Sociedades avanzadas llega a ser muy elevado, y en muchos sectores no se puede tener la seguridad absoluta de que la tecnología acierte siempre, eliminando toda posibilidad de error. Por eso, *es ineludible la necesidad de integrar en todo proceso decisional la intervención humana, cuya «interacción» con los datos acumulados por la informática contribuirá al acierto en el proceso creativo.*

La «*filosofía*» asociada a la «*psicología*», la «*ingeniería*» con la «*biología*», la «*electrónica*» y la «*ciencia de la computación*», y hasta el uso de una jerga «*lingüística*» específica y críptica en un entorno cada vez más universal, todo ello en conjunción con las «*matemáticas*» (7), preparan la *invasión del*

(6) Periódico «ABC», 3 de septiembre de 2003.

(7) Las *matemáticas* son consideradas hoy como una *super-ciencia «exacta»*, de carácter lógico-deductivo, que partiendo del encadenamiento de conceptos primarios, como los números, el orden y las cantidades, con determinados axiomas, y la posible inclusión de variables e incógnitas a despejar, nos llevan a un razonamiento *abstracto* capaz de representar e interpretar *numérica o geoméricamente* las leyes de otros muchos sectores

futuro mediante la combinación de una compleja técnica «hiper-científica» con la «mecánica» que va a permitir, no sólo resolver problemas que actualmente parecen imposibles, sino también ofrecer en determinadas áreas y de una manera automática, soluciones potenciales «alternativas», generar técnicas *disuasorias*, o provocar una «selección natural» *por defecto*, e, incluso, para los más optimistas, hasta generar problemas de conciencia y presuntas emociones en las máquinas; algo que en la actualidad se muestra tan irracional y pretencioso que, como hemos dicho, sólo para los aficionados a la *ficción científica* puede suponer un primer paso del fin del dominio exclusivo humano para ser compartido con el de los ordenadores. La capacidad de inventiva del ser humano está en óptimos imposibles de prever hace escasos años. Los ingenios artificiales son cada día más sofisticados. Los vuelos espaciales elevan la condición *humana*. La «clonación» de seres vivos anuncia, incluso, un posible ciclo «*posthumano*».

Actualmente existe fascinación por las máquinas («*robots*») (8), consideradas como una extensión funcional de los seres vivos, como lo es ya el *ordenador* o el teléfono *móvil*. Y, aunque en ellas todo es humano, desde su invento hasta su incorporación a la *informática*, pasando por su construcción y programación, la *electrónica* y la *biótica* asociadas a la ciencia de la *computación* abren impresionantes posibilidades de futuro. Las *máquinas inteligentes*, en la que algunos quieren ver una segunda fase de la «evolución» de las especies (*Darwin*, superado) «dejarán atrás muchas actividades del hombre, provocando su desaparición o dejándolas obsoletas» (9). Dice el profesor RAÚL ROJAS (10) que «*en computación cualquier pronóstico a más de diez años es, en principio, ciencia-ficción*»: pero, la realidad avanza muy deprisa, y quizá, en el futuro, «*los robots los crearán los biólogos en lugar de los informáticos*» porque «*es más fácil hacerlos con material orgánico que con metales*» (como la fantasía de los «*humanoides*», con igual finalidad de que realicen las tareas rutinarias o inferiores). Los «*robots*», con misiones preprogramadas o repetitivas, son ya eficaces. «*El problema es la improvisación*»,

científicos, y que propone soluciones, unas veces con meridiana exactitud y otras mediante el «cálculo de probabilidades». Por eso, en casi todos los sectores científicos han existido siempre profesionales para quienes un fenómeno no se conoce bien mientras no esté *escrito en lenguaje matemático*, por lo que las teorías puramente matemáticas, aún desconectadas de la vida real, han servido para explicarnos numerosos fenómenos del universo físico.

(8) Palabra que deriva, según el escritor checo KAREL CAPEK, de un vocablo del idioma ruso antiguo, referido a los «siervos de la gleba», carentes de derecho alguno, que es utilizada en tal sentido por los actuales investigadores para referirse a máquinas construidas a imagen y semejanza del hombre.

(9) JOHN HORGAN, *La mente por descubrir*, Editorial Piados, 2003.

(10) RAÚL ROJAS, Profesor de la Universidad de Berlín, citado en «ABC» del 6 de septiembre de 2003.

señala LÓPEZ DE MANTARAS (11). En sus comienzos, los robots surgen como simples ingenios que únicamente son capaces de seguir unos determinados «puntos de referencia» que les marcan unos objetivos que deben alcanzar sin ayuda de un operario. Pero, actualmente, ya pueden realizar, con total independencia, algunas tareas mejor que los humanos, por lo que son ampliamente utilizados, no sólo en superprogramas científicos, como los vuelos espaciales, sino, sobre todo, en talleres industriales, laboratorios y clínicas, donde efectúan operaciones programadas todos los días, sin interrupción, con total seguridad, sin errores, y con absoluta perfección, sin las limitaciones humanas como las derivadas de los días libres, las depresiones o los persistentes cansancios postvacacionales. A medio plazo esos ingenios se pueden convertir en mascotas electrónicas o en servidores habituales, como un electrodoméstico más. Y, con el tiempo, dicen algunos escritores fantasiosos, si llegan a pensar por sí solos, superando la ficción, las máquinas podrían alcanzar la independencia del hombre y hasta llegar a ser la «especie» dominante, en la que nos habremos integrado en una suerte inconcebible de «simbiosis de la carne y el metal» (12).

La ciencia no se conforma con dominar las fuerzas de la naturaleza y va camino de superar las facultades humanas. En la escalada científica para el siglo XXI, las diversas ciencias «*bio*», que estudian, de antiguo, las fuerzas vitales en sus diversos aspectos (*biología general, estructural, genética, molecular, mecánica* e incluso *ética*), junto con la moderna «*cuántica*», que desvela el código de la materia como energía radiante, y la «*electrónica*», que estudia el movimiento de los átomos por el espacio vacío o a través de gases enrarecidos, se conciertan para alcanzar metas prodigiosas, como son la sustitución de los «circuitos neuronales» humanos por otros sintéticos, la acumulación de estos en «transistores» cada vez más pequeños, y la celeridad controlada del movimiento *cuántico* de los electrones que transmiten energía en forma de impulsos eléctricos y radiaciones y que se transforman, no sólo en movimiento, sino también en calor, sonido, luz, colores, e imágenes. Todo esto, junto con una potente «*informática*» que automatiza y comunica las informaciones cada día de manera más vertiginosa, permite presuponer la

(11) LÓPEZ DE MANTARAS, Subdirector del Instituto de Investigación en Inteligencia Artificial, con la colaboración del CSIC, acaba de concluir un proyecto llamado «*Argos*» (*Navegación Autónoma de Robots Guiados por Objetivos Visuales*) que, en cierto modo, obliga al artefacto a «pensar».

(12) El laboratorio japonés *Honda* acaba de presentar (finales de marzo de 2004) en el Museo de la Ciencia de Barcelona (de la Fundación La Caixa), el «robot» más avanzado del momento, «*Asimo*», que consiste en una máquina de forma humana capaz de imitar múltiples habilidades y movimientos y hasta efectuar algunas funciones superiores, como hablar y reconocer a otros seres con los que se relaciona, caminar y calcular distancias; pero que se califica por los mismos investigadores como un mero instrumento útil a las personas.

futura creación de una forma de *vida artificial* superior a la *humana* en determinados aspectos, que incluso llega a asustar a los profanos (13).

Sin embargo, no reprime a los investigadores. La meta de todas estas investigaciones científicas está en la llamada «*inteligencia artificial*» (IA), con la que se intenta igualar y hasta superar la capacidad humana para resolver problemas. Se trata, por tanto, de crear máquinas que tengan un paralelismo meramente «funcional» con la inteligencia humana o neuronal, es decir, *no en su forma de ser, sino en su forma de actuar*, sustituyendo la actividad de las *redes neuronales* por *circuitos electrónicos* fabricados por el hombre.

En esta vía científica existe una versión «débil», según la cual la inteligencia artificial es un mero instrumento, puesto que no pasa de ser un intento de dotar de inteligencia a las máquinas «*para dominarlas mejor*», por lo que nunca pueden sustituir a la inteligencia del hombre (14). El *software* de los sistemas informáticos es, únicamente, un *instrumento de medios* que permite programar y dotar a las máquinas de una inteligencia meramente «*mecánica*» con la que efectúen las tareas que quiera el hombre, de la manera que éste quiera y para la finalidad que desee.

No obstante, para otras posiciones más avanzadas (tesis llamadas «*desarrollistas*»), la verdadera *inteligencia artificial* es algo más, y consiste en una moderna parte de la ciencia de la investigación (15), que trata de todos los medios que intentan conseguir que las máquinas imiten el comportamiento y hasta la comprensión de los humanos, es decir, que sean capaces de aprender, de reconocer e, incluso, de pensar o reflexionar, hasta llegar a una llamada versión «fuerte» que considera la inteligencia artificial como una verdadera *mente*, similar a la humana, con la que compite. En este

(13) La derrota de KASPAROV frente a una máquina en 1997, el superordenador «*Deeb Blue*», ya superado, se intenta explicar por disponer, este último, de una acumulación de datos que hizo posible su juego con mayor número de opciones por segundo. La incógnita sigue siendo cómo se programó para su acierto en la selección.

(14) JESÚS GABRIEL GALLASCIA, *Inteligencia Artificial*, 1999.

(15) El origen de su estudio se remonta a la segunda guerra mundial (ALAN TURING, matemático inglés, en su artículo *Computing machinery and intelligence*, 1950). No obstante, se afirma que la filosofía griega ya permitió pensar en una *inteligencia artificial* al concebir, acertadamente, la mente humana como una *máquina* integrada por diversos compartimentos, similares a los actuales *circuitos neuronales*, con misiones distintas, que funcionan a partir del conocimiento codificado en un lenguaje interno, considerando que el pensamiento y la reflexión sirven para determinar cuál es la acción correcta que se debe emprender en cada caso. Posteriormente, las *matemáticas (algoritmos)* proporcionaron las herramientas necesarias para determinar la certeza o el error de las aseveraciones de la lógica en los fenómenos de tipo estadístico o probabilista, y la *psicología* reforzó la idea de que los humanos y otros animales pueden ser considerados como *máquinas* en el procesamiento de la información que reciben. Actualmente existen estudios especializados que se muestran en revistas, institutos y cátedras universitarias (*Laboratorio de Inteligencia Artificial del Instituto Tecnológico de Massachussets*).

campo científico, uno de los que más avances experimenta en la actualidad, se parte, inicialmente, de una constante «*interacción hombre-máquina*», cuyo proceso comienza con un primer *diagnóstico humano* de los problemas existentes en cada sector científico susceptibles de ser mejorados o estudiados para su superación, seguido de un *filtrado automático* de toda la información atinente al caso y de un estudio de la *mecánica computacional* manejada por medio de la *informática*, cada vez más avanzada, que va a permitir llegar a un aprovechamiento puntual e integral de todos los conocimientos sobre la materia, hasta lograr en un futuro, actualmente ya previsible, la programación de un *Sistema Inteligente* capaz de «razonar» por aplicación de toda la técnica conjuntada: Según esto, una primera etapa, que podemos denominar de la «*inteligencia computacional*» (IC), será el resultado de la integración de inmensas *bases de datos*, potentes *computadores*, sofisticados *sistemas operativos*, vertiginosas y universales *redes telemáticas de información, comunicación y transmisión*, estudios avanzados en *algoritmia, computación y programación*, desarrollo audaz de la *ingeniería del software*, desarrollo de la aplicación de los *conocimientos estadísticos, gráficos, multimedia, herramientas «ebusiness»*, etc. Y con todos estos elementos en una operativa simbiótica científicamente preprogramada, se intenta conseguir mediante ingenios mecanizados, cada día con más exactitud y perfección, la posibilidad de adelantarse a las necesidades, detectar y corregir errores, anticipar soluciones para problemas nuevos, discernir, intuir, imitar, y hasta actuar con *capacidad de razonamiento y sentido común*, generándose para ello los oportunos controles robóticos.

Para muchos, sin embargo, la IA es aberrante y no tiene sentido al margen de un organismo biológico, ya que no se trata sólo de apreciar los fenómenos o de percibir las sensaciones, sino que también es necesario contextualizar las percepciones recibidas y asociarlas con estímulos, valores, costumbres y otras implicaciones humanas; por lo que, en definitiva, consideran imposible que de los *circuitos electrónicos*, formados por metales y silicones, puedan emerger *calidades estrictamente humanas*, como la intencionalidad, el sentimiento, las emociones, las percepciones o el afecto. La llamada *inteligencia emocional* (IE) es exclusiva de los seres humanos.

En su justo medio, los investigadores más numerosos, sin deificar sus ingenios, intentan, únicamente, que las máquinas realicen las mismas tareas que hacen los humanos, pero de una manera más fácil y con más perfección. Para ello, desarrollan «*herramientas*» que permiten a las máquinas ir más allá de las posibilidades físicas y mentales del hombre; es decir, un conjunto de técnicas científicas que permiten acumular datos y experiencias, y ordenar toda la información disponible transformándola en conocimientos específicos y prácticos. Y, una vez interpretada y procesada toda esa información global por medio del análisis científico, que la sustituye por complejas fórmulas de

cálculo (*algoritmos*), la electrónica y la *cibernética* (16) se encargan de crear los *medios informáticos* adecuados (*programas de software*) que van a facilitar, en cada caso, su aplicación en la toma de decisiones, que, en ciertos campos, cada vez está más cerca de la ciencia que de meras intuiciones.

Las distancias son enormes: El *ordenador* repite algo que antes ha sido programado por el investigador, y, por tanto, puede ser ordenado y dirigido por el ser humano. La *inteligencia humana* manda y es libre, puede hacer labores cerebrales, como inspirarse en otros, elaborar resúmenes o sinopsis, seguir intuiciones más o menos fundamentadas u oportunas, y hasta puede fallar o equivocarse, incluso de forma voluntaria y responsable si decide seguir una intuición audaz que después resulta errónea. La *inteligencia artificial* está programada mecánicamente, por lo que sólo obedece y es totalmente infalible.

Como dice MANUEL PIMENTEL SILES (17): *Los ordenadores dotados de programas llamados «inteligentes» efectúan un razonamiento meramente «secuencial», es decir, razonan en serie, tal y como han sido programados, mientras que el hombre combina esos razonamientos secuenciales con pensamientos en paralelo que se «interaccionan» continuamente. El razonamiento secuencial puede ser más rápido pero el paralelo será más completo y de más amplio espectro.* En su opinión, la nueva ola de la IA, si es que ha de llegar, debe intentar introducir el razonamiento en paralelo, superando el tradicional razonamiento secuencial.

Recientemente se habla de múltiples «herramientas» integradas en un complejo Programa de gran potencial que, además de trasladar, como hemos indicado, sentencias del lenguaje natural a un formulismo «algorítmico», va a efectuar, también, una especie de «razonamiento selectivo» mediante una *lógica «seriada» sintética*, que interacciona diversos indicadores variables programados «en serie», los cuales, a través del análisis o comparación con unos parámetros fijos, o «índices de referencia prefijados», van a permitir a la máquina señalar por medio de «marcadores» o escalas graduales, no sólo los valores verdaderos (positivos) o falsos (negativos), sino también otros de grado medio, que se aproximen de forma más exacta a la realidad pretendida. La fase de «diseño» de estos complejos sistemas informáticos, estructurados en etapas secuenciales, debe ir seguida de otra posterior fase de «optimización», mediante la validación o «interacción» automática de series históricas, entrenamientos, número de sesiones, coeficientes de acierto y de exhaustividad, y confirmación de los resultados, que será de vital importancia para su correcta aplicación.

(16) Cibernética, «*arte o ciencia que se encarga de construir y utilizar instrumentos y máquinas que mediante procedimientos electrónicos efectúan automáticamente cálculos complicados u operaciones similares*».

(17) MANUEL PIMENTEL SILES, *El talento*, Editorial Ariel, 2003.

Todas estas funciones previas corresponde realizarlas al *agente informático*, cuya formación científica y humanística es inexcusable. Pero, detrás de esa operativa preparatoria debe estar, en todo caso, un experto de la *empresa* o de la *función profesional* a quien corresponde valorar las respuestas de los indicadores y decidir la ejecución de los programas.

Esos sistemas operativos contruidos por *expertos científicos «externos»* no dejan de ser, por tanto, una mera herramienta de apoyo a la operativa funcional de los *dirigentes «internos»*, en un entorno cada vez más complejo de toma de decisiones. Hoy en día, podemos afirmar que, en la utilización de los ordenadores, la «optimización» está en las *redes* y en el aprovechamiento de sus múltiples *utilidades*, es decir, saber manejarlas para obtener el máximo rendimiento, partiendo de los medios de uso general, como el *correo electrónico*, el *FTP* o *navegadores*, el «*software*» especializado, los «*nodos*» internos de comunicación, los «*enlaces de transmisión*» externos, y, en definitiva, toda una planificación adecuada, con soluciones cerradas o abiertas, e incluso, con la posible *encriptación* de documentos o fórmulas reservadas, como la *firma electrónica*. Todo un campo especializado de *instrumentos* y de *medios* de ayuda que van a cooperar en la dirección de las empresas y en el logro de sus objetivos, y con los que también se intenta superar los nuevos obstáculos que surgen de la globalización de los mercados y del progresivo desarrollo de las comunicaciones, que parecen dificultar, más que facilitar, la toma de decisiones al hacer cada día más difícil la interpretación conjunta y combinada de todos los datos que pueden ser obtenidos en una universalidad de la información.

SU APLICACIÓN EN EL CAMPO JURÍDICO PROFESIONAL

De todo lo que llevamos indicado, resulta evidente que también la *Ciencia Jurídica* debe profundizar en el estudio de las repercusiones que el uso de la tecnología de «última generación» puede afectar al desarrollo de las funciones de sus profesionales. Y a la Filosofía del Derecho corresponde examinar las consecuencias de este fenómeno.

Del mismo modo que la aparición de la escritura manual y el posterior invento de la imprenta abrieron nuevas etapas culturales en la civilización, facilitando las relaciones humanas y fortaleciendo el cumplimiento de los compromisos, la moderna *Tecnología de la Información y de las Comunicaciones* (TIC) ha venido a incrementar y expandir esas relaciones al aumentar hasta casi el infinito la capacidad de conocimiento y de procesamiento de datos, facilitando al máximo su transmisión a distancia y suprimiendo fronteras. Este fenómeno ha intensificado, también vertiginosamente, la relación simbiótica del hombre con la máquina, cada vez más compleja. Por ello, esta

nueva fase, ya muy avanzada, de la revolución tecnológica se presenta tan rotundamente decisiva en la evolución de la Ciencia Jurídica como lo fue la anterior inicial que, a finales del siglo XIX, se presentó como renovadora y rompedora del arcaísmo tradicional en los modos de actuar en el ámbito de las «decisiones jurídicas», no sólo de los *Tribunales* sino también de los demás órganos encargados de la *seguridad jurídica preventiva*, como son el Notariado y los Registradores de la Propiedad.

El *ordenador* es ya compañero inseparable de los profesionales. Y expresiones hasta ahora casi hostiles en el mundo del Derecho, como «*informática jurídica*», «*sociedad del conocimiento*», «*documentación automatizada*», «*transmisión electrónica*», «*red corporativa*», «*intranet*» o «*internet*», forman parte de la jerga jurídica actual y abren un abanico de grandes posibilidades, tanto para el ejercicio profesional como para el investigador, el docente y el jurista en general. Instrumentos ya comunes, como las «*bases de datos*», las páginas «*web*», los «*sistemas de procesamiento y recuperación de la información acumulada*», los «*coeficientes de pertinencia o de exhaustividad*», la «*indización*» mediante signos o palabras claves («*descriptores*»), el «*tiempo de respuesta*», el «*correo electrónico*», las «*garantías criptológicas*», el «*scanner*» y la «*digitalización*», y en general, toda la *informática*—que, salvo para los técnicos especialistas, ya no es un fin en sí misma, sino uno conjunto de medios de ayuda para todos los sectores científicos—, imponen nuevas formas de interpretar y documentar las actuaciones en las diversas funciones jurídicas, como son la grabación, la conservación, la reproducción y la transmisión a distancia de textos, imágenes y sonidos, de manera cada vez más rápida, fiable y segura.

Las disposiciones legales más modernas e importantes de nuestro Ordenamiento Jurídico transforman y modernizan la concepción decimonónica del documento, regulando la *incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva* (arts. 106 a 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), y la utilización de *medios electrónicos, telemáticos, info-t-ele comunicaciones, o de otra clase semejante, que permiten el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de su remisión y recepción íntegros y del momento en que se hicieron* (art. 162 de la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil), y hacen alusión, también, a los *medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como a los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas*, que puede usarse como medios de prueba ante los Tribunales (art. 299 de la misma LEC), todos los cuales son, asimismo, ampliamente admitidos y utilizados en el desempeño normal de sus funciones por los Abogados, Notarios y Registradores de la

Propiedad y por todos los que intervienen en el mundo procesal o de la contratación privada y pública.

Pero, no se trata ya del simple uso de esos medios *informáticos* para los meros actos de concreción administrativa y de gestión económica, que ya son indispensables, o del empleo generalizado de todas esas nuevas técnicas puestas al servicio de una mejor utilización de las *compilaciones legislativas*, de la *bibliografía*, de la *jurisprudencia* o de los *antecedentes históricos*, que pueden agilizar y perfeccionar los estudios y dictámenes jurídicos, sino también del reconocimiento oficial de *nuevas formas de documentación autenticada* y de *técnicas modernas de aportación o presentación acreditada de datos y circunstancias*, y hasta de coadyuvar eficazmente y facilitar al máximo la adopción de *resoluciones por los órganos jurídicos de decisión*.

Se ha dicho que la aparición de estos modernos instrumentos ha venido a coincidir con los momentos de mayor crisis estructural de la Administración de Justicia, y que «*los ojos se vuelven a ellos como tabla de salvación o panacea, lo que, para algunos, impide calibrar debidamente los riesgos*» (18). No cabe duda de que la celeridad y la productividad son evidentes, pero también se estima que no se deben sacrificar garantías en aras de esas ventajas. Su utilización será conveniente, siempre que se proceda de manera reflexiva, eliminando riesgos y garantizando el respeto a los «derechos fundamentales» y a la «confidencialidad» en determinados supuestos, lo que puede ser una importante limitación a su aplicación automática.

Pero, sin duda, estas nuevas técnicas pueden ser una especie de «sístole», o empuje acelerado, para lograr:

- Una *Ciencia Jurídica global* que sirva de base a una *Justicia universal*, que recoja experiencias y llegue a todos los rincones del mundo y hasta del universo.
- Una *Organización Jurídica plena* que sirva de apoyo a una *Justicia multiproceso*, aplicable a cualquier actividad susceptible y relacionada.
- Una *Documentación Jurídica moderna* para lograr una *Justicia multimedia*, que reconozca la validez de todos los medios e instrumentos de ayuda: voz, sonido, texto e imagen.
- Una *Seguridad Jurídica preventiva* y una *Justicia de multiacceso*, asequible por todos, todos los días y a todas las horas.

Es decir, todo un *Sistema Jurídico con capacidad para aprovechar al máximo nuestro patrimonio acumulado, pero también de innovar y planificar*

(18) MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, julio de 1994.

cada día el futuro, transformando, en lo necesario, las formas de hacer, de trabajar, de publicar, de transmitir, de aprender, e incluso de pensar (compañerías a distancia, sesiones conjuntas en pantalla, versiones electrónicas digitales, formularios en red, anticipación acertada, comodidad y facilidad en las decisiones repetitivas...).

En definitiva, una *Organización Jurídica* y una *Justicia nuevas*, pero *capaces de convivir con los servicios tradicionales, imprescindibles e ineludibles en todo tiempo*.

Los campos de actuación de las nuevas técnicas *informáticas* son diversos:

- Como *medios de prueba*, autenticados y seguros.
- Como *instrumentos de constancia, conservación y archivo* de actuaciones «orales».
- Como *soportes de toda clase de documentación*, sustitutorios, a veces, del papel.
- Como *instrumentos o medios de comunicación y de notificación*, rápida, autenticada y segura.
- Como *medios de salvar distancias y de evitar actuaciones presenciales*.
- Como *vehículos de informatización de todas las funciones jurídicas*, como ayuda en las comunicaciones entre los órganos, en las resoluciones de mera tramitación, y en la estandarización y homogeneización de las operaciones repetitivas.
- Como *medios de archivo seguro y de cómodo acceso*.
- Como *instrumentos de rapidez y simplificación en todos los trámites procedimentales*.
- Y, en una etapa más avanzada, como medio de ayuda a la «*función decisional*» propia de los órganos jurídicos superiores.

LA DECISIÓN INFORMATIZADA O RESOLUCIÓN AUTOMATIZADA

La llamada «*decisión informatizada*» o «*resolución automatizada*» (19), en su forma más simple, como respuesta automática a determinadas premisas fácticas, está ya al alcance de determinados sectores, sobre todo en el financiero (órdenes de compraventa de valores en bolsa al alcanzar determinada cotización, «*códigos tipo*» para la concesión de créditos, según situaciones

(19) *Decisión jurídica y sistemas de información*, tesis doctoral (sobresaliente *cum laude*) de JOSÉ FÉLIX MUÑOZ SORO; publicación del *Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles*. Recensión por el autor de este estudio en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 678, julio-agosto de 2003.

personales y niveles de solvencia, la «hipoteca informática», la incorporación automática de clientes remisos a registros de morosos, etc.). Pero, en general, la mayor parte de las posiciones posibles en el campo económico se ven influenciadas por factores de muy diversa índole, políticos, laborales, macroeconómicos, microeconómicos, normativos, monetarios, locales, internacionales, etc., lo que dificulta la adopción de decisiones, tanto por la dificultad de seguimiento de toda la información pertinente, como por lo complicado de su interpretación al ser frecuentemente distorsionada aquélla en una visión parcial de la misma. Por eso, el actual desarrollo tecnológico de la ciencia de la computación intenta superar los actuales *instrumentos informáticos* de ayuda, fomentando el estudio y el desarrollo de *Sistemas Inteligentes de «Treading»* (STI), es decir, de modernos programas de «software» que, en determinados sectores ensayan la toma de posiciones «razonables» a largo, medio o corto plazo, o en «tiempo real», a partir de toda la información disponible en ese momento sobre la materia en cuestión, mediante unos «superprogramas» informáticos que son construidos con técnicas que intentan ser capaces de reproducir, en la medida de lo posible, los procesos de la inteligencia humana.

En el mundo del DERECHO, la materia que venimos examinando se enmarca en un proyecto por el momento menos ambicioso, pero muy importante, que persigue investigar con rigor en nuestro patrimonio jurídico tradicional y obtener el mayor provecho del mismo, desde el reconocimiento de la gran importancia que presenta la tecnología punta en la puesta a disposición de sus profesionales de los más modernos medios e instrumentos de trabajo. Y, no cabe duda de que esta técnica tendrá una próspera evolución en la defensa y mejoramiento de la función del Derecho, puesto que, éste, según las teorías más avanzadas, hace mucho tiempo que ya no depende sólo de un «subjetivismo» estable, sino que debe incorporar continuamente el devenir de los acontecimientos para que las decisiones jurídicas de sus agentes puedan atender a las necesidades de cada día, lo que exige que deba ser interpretado «conforme a la realidad social del momento». Esta realidad actual está dominada, ahora, por la universalidad y la globalización mediante técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas como instrumentos de una «cibernética» que quizá nos lleve a un futuro de «*inteligencia artificial decisoria*», aunque, de momento, sólo se pueda ver como «*virtual*».

Como dice JOSÉ FÉLIX MUÑOZ SORO, en todas estas técnicas es primordial la actuación del *agente informático*, que, si siempre debe operar con un alto grado de abstracción y sistematización, en esta concreta aplicación de la moderna tecnología al mundo jurídico debe concentrarse en una *ética procedimental «en máximos»* que asegure en sus programas de *software* unos componentes básicos de *racionalidad y adecuación a la justicia*. Si la más reciente Filosofía del Derecho dedica una intensa atención a las condiciones bajo

las que debe discurrir la argumentación jurídica, es decir, a la búsqueda de principios procedimentales que aseguren la racionalidad de las decisiones, la técnica científica de creación de los Sistemas de Información, cuyos canales de comunicación y programación van a influir decisivamente en los valores que sirven de apoyo a las decisiones jurídicas, deberá atender ineludiblemente a los «principios jurídicos esenciales», pero también a los «principios sociales inexcusables», como son la «democracia» y el «respeto e los derechos humanos». Por eso, las modernas «teorías filosóficas de la argumentación» que se deciden por la utilización de esos avanzados medios técnicos de ayuda, o «herramientas informáticas», proponen que *«en el diseño y programación de las mismas debe seguirse necesariamente un camino por el que esos principios éticos, democráticos y sociales, se introduzcan en la propia dinámica científica»*. Un mundo tecnológico nuevo que supone una visión del Derecho que supera el mero análisis del conocimiento normativo y hace hincapié en los «valores» y en una buena «técnica comunicativa» entre los profesionales y los usuarios para mejorar su aplicación.

La introducción de estos «valores» en las fórmulas de la tecnología científica aplicable al Derecho, sobre todo para la toma de decisiones, más o menos automatizadas, exigirá que, aunque los «parámetros» fijos vengan predeterminados en la Ley, las «variables» se determinen siempre en función de la ética profesional del jurista.

No cabe duda de que en estas hipótesis, sólo previsibles, es obligado, como primer paso, la evolución de una «*sociedad de la información*» a una más compleja «*sociedad del conocimiento*», o del saber, puesto que, aunque el método de recuperación de la información contenida y procesada en los grandes «bancos de datos» sea un elemento primordial del camino a recorrer en la resolución de cualquier cuestión, se debe insistir en que *«la información sólo es válida para el que sabe utilizarla»*, y en ese conocimiento es decisiva la formación profesional del agente. Consiguientemente, en el campo jurídico, que ahora nos ocupa, *juega un poder decisivo la «formación humanística» y la «libertad de opinión» para que los profesionales puedan seleccionar e interpretar con criterio propio y responsable toda la información que se les proporcione.*

La información es algo que nos viene de fuera, mientras que el conocimiento y el raciocinio es algo interno, es decir, una actividad intrínsecamente humana. Los programas de los ordenadores únicamente son descripción de actividades «genéricas», y, consiguientemente, sólo van a servir como «herramientas» de *ayuda a la actividad individual intelectual*, aunque *la simple decisión de su uso nunca debe quedar exenta de responsabilidad*. Por eso, en esta materia de la «*informática decisional*» no deja de ser una grave preocupación para muchos la falta de proporcionalidad entre el beneficio obtenido y el riesgo que conlleva, no sólo en aquellas materias que requieren una

protección especial, sino también en las dominadas por un alto grado de confidencialidad; criterios limitativos que pueden verse alterados por la necesaria intervención de técnicos externos y de equipos operativos especializados, lo que, indudablemente se traduce, asimismo, no sólo en un mayor coste, sino también en un manifiesto riesgo de pérdida de la confianza en la función.

CONCLUSIONES

El inexorable paso del tiempo y el imparable progreso de la ciencia hacen que en todos los órdenes sociales las formas de actuación deban evolucionar al compás de las nuevas necesidades que estimulan los nuevos descubrimientos. Sobre todo en estos tiempos en los que todo sucede más rápidamente. El lógico intento de sustituir la redacción personal de los contratos y hasta de las resoluciones judiciales —y también de los documentos notariales e inscripciones registrales— por formularios que salen de un programa informático, tendrá consecuencias similares a la sustitución de las antiguas labores manufacturadas en forma artesanal por la fabricación mecanizada en serie o industrializada. Las cosas ya no serán tan perfectas y apreciadas, aunque tengan otras ventajas como la rapidez, el ahorro en los costes y la generalización de su uso. Lo mismo ocurre con la sustitución de una completa publicidad del contenido de los instrumentos e inscripciones por resúmenes mecanizados y estandarizados, que siempre serán fríos e incompletos, y hasta se deben anunciar «sin garantía».

Con mayor razón que en cualquiera otro sector, en el campo de las *decisiones jurídicas*, que afectan de modo indudable a la seguridad del tráfico y a la justicia, debe extremarse al máximo la cautela en la incorporación de estas técnicas. Una pretendida homogeneización y estandarización, por ejemplo, de la actividad de los Tribunales, de las Notarías o de los Registros de la Propiedad, puede incluso dañar a la independencia judicial (art. 117.1 de la Constitución), y, en su caso, a la función notarial (art. 147 del Reglamento Notarial) y a la calificación registral (art. 18 de la Ley Hipotecaria). En todo caso, al menos va a afectar, en general negativamente, a la *individuación* que requieren tanto la actuación de la Administración de Justicia como la profesionalidad de las demás funciones jurídicas. Son también muchas las actuaciones administrativas que requieren una intervención personal del funcionario encargado, que va a limitar las actuaciones automatizadas (por ejemplo, en la imposición de sanciones). La ausencia personal del «agente», revestido de autoridad, puede dar lugar a una nulidad del proceso sancionador y hasta nos puede llevar a una progresiva *deshumanización* de la Administración, y en especial de la Justicia, así como a la comisión de múltiples errores que pueden descalificar su actuación; con el añadido de un impone-

rabie potencial de peligrosidad si los medios informáticos se usan de forma perversa. No deja de ser una panacea utópica e ilusoria si el jurista espera que la tecnología le proporcione la resolución de todos los problemas con rapidez, economía y seguridad. Porque siempre debe existir una previsible y calculada proporcionalidad entre la utilidad de los medios y el riesgo que conllevan.

La buena ciencia que el ciudadano percibe a través de los medios de difusión y la mejor información que proporciona el sistema científico de un país tienen como finalidad última la de mejorar las condiciones de vida. Pero no hay progreso sin riesgo. La cuestión principal es cuánto riesgo estamos dispuestos a asumir en cada materia específica para progresar en ella con seguridad. Y aquí está el importante papel de la información científica: dar a conocer la magnitud del riesgo para que podamos decidir acertada y responsablemente si aceptamos los beneficios de las nuevas tecnologías, cada vez más complejas y que evolucionan a un ritmo mayor del que la sociedad es capaz de asimilar. Del conocimiento de esos umbrales del riesgo se derivarán las regulaciones y normas precisas para validar o negar su uso, o para exigir otras modificaciones.

Y un último posible desmerecimiento: el instrumental que pueda derivarse de contemplar las tareas sociales desde un punto de vista exclusivamente técnico y sin consideración alguna a su justificación última, que en el campo jurídico está en la Justicia, la más elevada —y excelsa— actividad que puede ser encomendada a una persona, y que, por consiguiente, debe ser impartida con el más alto grado de raciocinio, alejado de toda inducción mecanizada.

De todo esto se sigue la necesidad de una sincera reflexión y llamada a la prudencia para evitar que la introducción indiscriminada de estas nuevas técnicas deshumanice la actividad jurídica, o sean utilizadas para cercenar los legítimos derechos de los usuarios a una atención profesional individualizada. La tecnología puede multiplicar los recursos, pero en la práctica, incluso para su empleo eficiente, es preciso un irrenunciable e irremisible último recurso a la inteligencia racional humana, que debe decidir el grado de su utilización, puesto que, hoy por hoy, podemos afirmar que no será la tecnología la que nos salve de las equivocaciones en la toma de decisiones y de la responsabilidad que ello conlleva, y únicamente el recurso a la inteligencia racional nos podrá liberar de los errores y demás males que puede provocar un uso indebido de la misma.

Hasta que, en una nueva era de la humanidad, que actualmente, como hemos dicho, sólo se ve como «*virtual*» (20), puedan tener existencia real las «*máquinas inteligentes*», capaces de pensar o reflexionar por sí solas, o que, por una evolución fantástica, se pueda imaginar, o fingir, la existencia de una

(20) «*Virtual*», opuesto a lo real, sólo aparente o simulado; y también algo en potencia pero sin realidad actual.

imposible simbiosis del «*hombre-máquina*», integrados en un único ser, que sólo algunos ilusos auguran como la siguiente fase de la evolución *darwiniana* de las especies, y que incluso en la misma ciencia ficción se presenta como meramente «*quimérica*» (21), se puede afirmar, sin reservas, que *la actividad de raciocinio, es decir, usar la razón para pensar y decidir, es una facultad de la mente exclusiva del hombre, y se extiende, incluso, a la construcción y programación de los medios e instrumentos que puedan servirle de ayuda en la adopción de sus decisiones.*

MANUEL FIGUEIRAS DACAL
Registrador de la Propiedad (jubilado)

(21) «*Quimérico*», sin fundamento, fingido, fantástico, imaginario, sin posibilidad de llegar a ser real.

Los administradores de las sociedades capitalistas

SUMARIO: A) INTRODUCCIÓN.—B) DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADORES Y ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: 1. EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 2. EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—C) NOMBRAMIENTO.—D) CAPACIDAD.—E) PROHIBICIONES.—F) DEBERES.—G) SEPARACIÓN: 1.º DURACIÓN DEL CARGO. 2.º REVOCABILIDAD O SEPARACIÓN.—H) RETRIBUCIÓN.—I) RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.—J) EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—K) EL CONSEJERO-DELEGADO.—L) EL GERENTE.—M) FACULTADES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: 1. ETAPA ANTERIOR A LA DIRECTIVA DE LA CEE: 1.1. *Objeto social y capacidad de la sociedad y sus administradores.* 1.2. *Limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos si acceden al Registro Mercantil.* 2. LA NOVENA DIRECTIVA DE LA CEE. 3. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A PARTIR DE LA LEY DE 1989 SOBRE REFORMA Y ADAPTACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN A LA COMUNITARIA Y SU POSIBLE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA. 4. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—N) **CONCLUSIONES.**

A) INTRODUCCIÓN

Para poder entender qué papel desempeñan los administradores en las sociedades capitalistas, hay que considerar la postura del legislador respecto a los órganos de estas sociedades; para lo que hay que empezar diciendo que, tanto la SA como la SL, igual que toda persona moral o jurídica, necesitan valerse de personas físicas, integradas en los que la técnica jurídica conoce como «órganos», para poder crear, exteriorizar y ejecutar «su voluntad» y relacionarse en el tráfico con otros sujetos.

Pues bien, el modelo legal a que responden las respectivas leyes reguladoras de estas sociedades es el de que se opta por el principio de *organicismo de terceros*, esto es, se prevé la existencia de una dualidad de órganos, lo que no pocas veces queda desdibujado en las sociedades personalistas, en las

que son los mismos socios los que tanto deliberan y deciden sobre los temas o acuerdos que interesan a la sociedad como la representan frente a terceros.

Efectivamente, todas las legislaciones prevén la existencia de un órgano separado para la gestión y representación de la sociedad como órgano necesario y permanente. Siendo precisamente uno de los rasgos característicos de estas sociedades capitalistas, y que la distingue de las sociedades personalistas, la separación entre la propiedad de la empresa o titularidad del capital y la dirección de la misma. El socio de la sociedad capitalista, en cuanto tal socio, no está llamado a la administración de la sociedad, a la gestión de la empresa de que es titular la sociedad. Ni siquiera la Junta General, como luego veremos.

Esta separación y consiguiente dualidad de órganos está perfectamente marcada en las SSAA y SLL, lo que hace necesario distinguir entre:

- El *órgano deliberante*, que es aquél en que se forma la voluntad interna de la sociedad y al que están llamados todos los socios.
- Y el *órgano de gestión y representación externa*, que es el encargado de la gestión de los asuntos sociales y de la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros.

Junto a estos órganos, se suele hablar también de unos órganos de fiscalización, fundamentalmente contable, que ahora son los *auditores de cuentas*, pero que siendo profesionales independientes, propiamente no están integrados dentro de la estructura orgánica de la sociedad. Por último, puede hablarse de los *liquidadores*, que son las personas encargadas de la liquidación, en su caso, de la sociedad, aunque, de momento, sólo nos interesan los dos primeros.

Lo que sí es necesario destacar, antes de seguir adelante, es que ambos órganos son necesarios para que no se produzca una paralización de la vida de la sociedad, sin que la falta de uno pueda suplirse por el otro, como se deduce de reiterada doctrina de la DGRyN, a partir de dos Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992, conforme a la cual, y en supuestos de renuncia a su cargo de los administradores, manifiesta que *«sin prejuzgar la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello... no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia a que están sujetos en el ejercicio de ese cargo, obliga a los renunciantes, cuando su decisión pueda traducirse en la vacancia total o en la inoperancia del órgano de administración, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación... lo que impone subordinar la inscripción de tales renunciaciones hasta que haya podido celebrarse Junta General —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda resolverse la situación*

planteada, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial de la que ellos habrían de responder».

La delimitación de funciones de ambos órganos viene señalada en las Leyes de SA y de SL, fundamentalmente, al indicar la *competencia de la Junta General*.

1. *La Ley de Sociedades Anónimas* no señala qué materias son competencia de la Junta General, existiendo algunas zonas neutras o dudosas, como apunta GARRIDO DE PALMA. De todos modos, suele indicarse como contenido mínimo de la competencia de la Junta General de la SA:

- Censurar la gestión social, aprobar las cuentas anuales y resolver sobre la distribución de beneficios.
- Aprobar las modificaciones de los estatutos.
- Acordar los aumentos y reducciones de capital.
- Nombrar y separar a los administradores y exigirles responsabilidad. En este punto, destacamos que es la única materia que puede tratarse en Junta aun sin constar en el orden del día de la convocatoria (art. 134 LSA).
- Nombrar y separar a los Auditores de cuentas.
- Acordar la emisión de obligaciones.
- Acordar la transformación, fusión, escisión y disolución de la sociedad.
- Etc.

La Junta General, por tanto, según reiterada jurisprudencia tanto del TS como de la DGR, no puede ni accidentalmente desempeñar funciones representativas.

Por ejemplo, la resolución de la DG, de 26 de febrero de 1991, indica que la ley atribuye al órgano de administración la gestión y representación de la sociedad en juicio y fuera de él y, por tanto, ha de ser este órgano quien, en ejecución del acuerdo de la Junta —que por sí carece de facultades representativas— comparezca ante el Notario y otorgue la correspondiente escritura de poder o de revocación. De aquí se deduce que no puede otorgar ni revocar poderes.

La Resolución de 26 de noviembre de 2003 insiste en la misma idea, al no permitir inscribir una escritura de compraventa en la que la sociedad compra representada por su consejero-delegado y a la que se incorpora una certificación relativa a un acuerdo de su Junta Universal, por el que se le faculta expresamente a aquél para la compra de la finca en cuestión, y ello porque dicho consejero-delegado carece de facultades para el acto en que interviene, por pertenecer dichas facultades al Consejo de Administración y no a la Junta General de la sociedad adquirente.

También, por análogos motivos, cuando la Junta lleva a cabo la reelección de consejeros, conforme al artículo 146 del RRM, éstos continuarán en el desempeño de los cargos que tenían de Presidente, Vicepresidente, Secretario o Vicesecretario, salvo disposición contraria de los estatutos; pero esta norma no se aplica a los consejeros-delegados ni a los miembros de las comisiones ejecutivas, lo que quiere decir que, si alguno lo era antes, será necesaria nueva delegación a su favor por parte del Consejo de Administración.

2. *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* sí contiene una enumeración de las facultades que competen a la Junta General en su artículo 44-1, a saber:

- La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.
- El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- La autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social.
- La modificación de los estatutos sociales.
- El aumento y la reducción del capital.
- La transformación, fusión y escisión de la sociedad.
- La disolución de la sociedad.

En este mismo artículo 44-1, bajo la letra *h*, incluye una norma de cierre, en virtud de la que se considera también competencia de la Junta General:

«Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos».

Por si no fuera bastante con esta norma y, en base a una enmienda presentada por el *Grupo Socialista*, se añade un apartado 2 al artículo 44 con el siguiente texto:

«2. Además, y salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63».

Como justificación de la propuesta, señala el Grupo enmendante que se considera conveniente que, sin perjuicio de lo previsto en la letra «*h*» de este mismo artículo, se prevea expresamente la facultad de intervención de la Junta General en asuntos de gestión.

La alusión que en este último párrafo se hace al artículo 63 de la Ley, deja a salvo las facultades representativas del órgano de administración que, respecto a terceros, no pueden verse afectadas por decisiones de la Junta, por lo que dichas instrucciones o autorizaciones se desenvolverán, por tanto, en el orden interno, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda exigir la sociedad a los administradores que las desatiendan. Por tanto se deja a salvo el ámbito representativo del órgano de administración, de lo que luego nos ocuparemos al analizar su contenido.

Y es que la Junta General, según reiterada jurisprudencia, tanto del TS como de la DGRyN, no puede ni accidentalmente desempeñar funciones representativas. Ya hemos citado antes la Resolución de la DG, de 26 de febrero de 1991, y el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil.

De todos modos, la flexibilidad que se pone de manifiesto en esta norma que estamos comentando, como en otras de la misma Ley, permite acentuar el grado de personalización de la SL, por ejemplo, cuando dicha sociedad está integrada por un grupo de personas unidas por vínculos familiares o profesionales, ya que esta flexibilidad permite adecuar una empresa familiar o profesional a la normativa y estructura orgánica de una SL de modo mucho más fácil que sería el adecuarla a la normativa de una SA. La misma EM de la nueva Ley pone de manifiesto este hecho, al señalar que «*el rigor del régimen jurídico de la SA, con reducido espacio para la autonomía de la voluntad en la conformación de su funcionamiento interno, unido al coste de la estructura, son factores que deben orientar a la elección de la forma en favor de la SRL*».

Entre los comentarios que se han hecho a la norma que estamos comentando, podemos citar los de IGLESIAS PRADA, uno de los redactores del borrador de anteproyecto, y los de ESTEBAN VELASCO.

El primero de los citados, después de negar que por ese camino puedan concederse a la Junta facultades *representativas* o competencias pertenecientes al ámbito de la *gestión ordinaria*, señala que no parece inconveniente que *en el ámbito interno* la competencia del órgano de administración pueda quedar sometida a determinadas restricciones, para lo que apunta como condiciones:

- No quedar desnaturalizado el equilibrio competencial, por implicar la reserva intervención de la Junta en decisiones administrativas.
- Dejar a salvo la protección de los terceros por la vía de la rígida e ilimitable atribución del poder de representación al órgano de administración. Y
- Quedar asegurada la eventual exigencia de responsabilidad a los administradores en los términos del artículo 133.3 LSA, esto es, que no exonere de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.

No es otra la postura de ESTEBAN VELASCO que, después de poner de manifiesto lo difícil que es resolver la cuestión del margen de autonomía de los estatutos para ampliar la competencia de la JG, con limitación de las facultades de los administradores en relación con los asuntos de gestión, señala que los poderes de intervención solamente podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia, como los relativos a la *estructura u organización financiera de la empresa* o a los que pertenezcan a la llamada *administración extraordinaria*, y ello, entre otras razones, porque ni la estructura ni la forma de funcionar la JG son las más adecuadas para desempeñar una gestión asidua.

Esta idea también subyace en la Resolución de la DGRN, de 31 de octubre de 1989, al declarar que «la función de gestión social atribuida a los administradores es incompatible por su propia naturaleza con las especiales características de un órgano colegiado como es la JG».

Como este argumento puede ser débil en las pequeñas sociedades limitadas, en las que suelen coincidir los miembros de la JG y los del órgano de administración, apunta también ESTEBAN VELASCO un argumento de más relieve, como justificación de la atribución de un ámbito autónomo irreducible en torno a la gestión ordinaria, y es el de la *necesidad de una instancia* que, con independencia de la composición y de los posibles cambios de los partícipes en el capital, pueda ser *identificada como garante y responsable*: a) No sólo del cumplimiento de los *heterogéneos deberes* que son impuestos en atención a los intereses de socios, acreedores y terceros en general. b) Sino también de las exigencias de una *correcta y ordenada gestión*, que no podría garantizarse sin un mínimo de competencia en torno a la gestión ordinaria.

En conclusión: aunque los estatutos podrán ampliar la competencia gestora de la JG, contemplando distintas modalidades de intervención, estableciendo de esta forma «*modelos participativos o de control*» en mayor o menor grado, en todo caso se trataría de *limitaciones de gestión de carácter interno*, ya que han de dejar a salvo lo dispuesto:

- Sobre el *poder de representación* y
- Sobre la *responsabilidad de los administradores* del artículo 133.3 LSA.

De todos modos, aunque no de una forma directa, siempre hay que reconocer que la JG tiene una *influencia indirecta* en la gestión de la sociedad, lo que se pone de manifiesto a través de determinados hechos que en exclusiva competen a la JG, tales como:

- El nombramiento y revocación de los administradores.
- El control de situaciones que suponen un potencial conflicto de intereses entre administradores y sociedad, como el establecimiento de

relaciones laborales o la dispensa de actividades por parte de los administradores que puedan relacionarse con el objeto social.

- La censura de la gestión social, mediante la aprobación o no de las cuentas presentadas por los administradores y del reparto de los beneficios.

Desde mi punto de vista, como hice al referirme a la SL familiar en Conferencia en la Universidad de Verano de Santander, quiero manifestar mi acuerdo con la posibilidad de atribuir determinadas facultades de control del órgano de administración a la Junta General de una SL, sobre todo si la misma se mueve en el campo familiar, que es el modelo que allí estaba contemplando. Sin embargo, como también apuntan los autores cuyas opiniones estamos glosando, estas competencias que, en cierto modo, pueden limitar las facultades del órgano de administración de la sociedad, sólo pueden desenvolverse plenamente en la *esfera interna*, dado el contenido del artículo 63 LSL.

Otra cosa será la de si dichas limitaciones pueden o no acceder al Registro Mercantil, tema sobre el que la DGR ha tenido ocasión de manifestarse en varias Resoluciones.

La postura del Centro Directivo ha sido la de que como se impone la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en la regulación estatutaria como *requisito previo a su inscripción*, y esta labor corresponde a los propios constituyentes, será posible rechazar la inscripción de las estipulaciones debatidas «*en tanto en ellas no se precise debidamente su alcance meramente interno*».

Con estos razonamientos parece rechazar el Centro Directivo la posibilidad de que puedan inscribirse dichas cláusulas con la advertencia por parte del Registrador en la nota de despacho y en el acta de inscripción de que tales limitaciones a las facultades solidarias tienen un alcance meramente interno. Más adelante nos ocupamos de esta postura de la DGRyN.

Expuestas estas líneas generales sobre los órganos de las sociedades capitalistas, pasamos a tratar del órgano de administración, que es el tema concreto al que queremos referirnos.

B) DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADORES Y ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

1. EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Un primer requisito que encontramos en esta Ley es el de la necesidad de hacer constar en la escritura constitutiva:

- «Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueren personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio...» (art. 8-f).
- Y, a continuación, el artículo 9-h) de la misma Ley exige que en los estatutos de la SA se haga constar:

«La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren».

La exigencia del artículo 8-f) constituye novedad, respecto a la Ley del año 1951, como luego veremos al tratar de la SL.

La estructura del órgano de administración no viene impuesta imperativamente por la Ley, que solamente impone la necesidad de optar estatutariamente por una de las formas permitidas, de donde se deduce el primordial papel regulador que desempeñan o pueden desempeñar los estatutos en relación con la configuración de la administración de la sociedad.

Dicha opción ha de desenvolverse en el marco de las posibilidades previstas en el Reglamento en que delega la Ley, dada la remisión expresa que se hace al mismo en el citado artículo 9-h) de la LSA.

Esta regulación reglamentaria es bastante detallista y se contiene, en la parte que ahora nos interesa, en el número 1 del artículo 124, conforme al cual:

«En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye:

- a) A un administrador único.*
- b) A varios administradores que actúen solidariamente.*
- c) A dos administradores que actúen conjuntamente.*
- d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros».*

Los párrafos siguientes de este artículo 124 se refieren a la regulación de la representación de los administradores, según los distintos supuestos, de lo que luego nos ocupamos.

La posibilidad de que los estatutos fijasen varias estructuras alternativas de órgano de administración para que elija la Junta General, sin previa mo-

dificación estatutaria, ha sido rechazada por la DGRN, que viene exigiendo una precisa determinación del órgano de administración —«de modo inequívoco la modalidad adoptada de órgano de administración»—, a partir de la Resolución de 27 de febrero de 1991, confirmada por otras posteriores.

2. EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

— En orden a la designación de la *persona o personas que hayan de ejercer la administración y representación* de la sociedad, se ha producido un acercamiento en las normas de la SA y SRL:

- Antes de la reforma era opinión unánime que en la SL tenía que constar en la misma escritura de constitución la designación de las personas encargadas de la administración y representación de la sociedad, por venir exigido en el artículo 7-8 de la Ley de 1953, como actualmente en el artículo 12-f) de la vigente.
- Por el contrario, en la LSA no sólo no existía esta exigencia, sino que los nombramientos efectuados en la escritura de constitución podemos decir que eran «tolerados», en cuanto quedaban sometidos a la posterior *ratificación* por la primera Junta General a celebrar. En tal sentido, el artículo 15 de la Ley de 1951.

Así lo señaló claramente la DGR en su Resolución de 2 de junio de 1986, al decir que, en la creación de una SRL es forzoso designar en el mismo acto constitutivo —a diferencia de las Sociedades Anónimas— la persona o personas que han de ejercer el cargo de administrador (art. 7-8 LSRL, sin que baste el limitarse a determinar el órgano).

Esta diferencia ha desaparecido en la actualidad, al exigir también el artículo 8-f) de la nueva LSA la indicación de «*la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad*». De este modo se han unificado ambas leyes.

— En cuanto a *estructura del órgano de administración*, aquí si nos encontramos con diferencias, ya que el artículo 12-e) exige conste en la escritura:

«La determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que los estatutos prevean diversas alternativas».

Y en el artículo siguiente, entre los datos a contenerse en los estatutos se encuentra, en la letra f):

«El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, en los términos establecidos en esta Ley».

Lo primero a destacar en este punto es el cambio que se produce en cuanto al sistema de organización. En efecto, mientras por la *remisión* del artículo 11 *LSRL* de 1953 se aplicaba el sistema unitario o monista de la *LSA*, esto es, sólo se permite un órgano de administración, y su cambio exige modificación estatutaria, en la nueva ley, por el contrario, se habla de: modo inicial y de modo o modos. Destacando en el artículo 13-f) el hecho de que ya no se habla en singular como en la *LSA*, sino en plural —modo o modos—.

Esta postura, como veremos enseguida, se confirma también en el artículo 57-2, que regula los posibles *modos de organizar la administración*, de que pasamos a ocuparnos. Este artículo dispone al efecto:

«1. *La administración de la sociedad se podrá confiar:*

- *a un administrador único,*
- *a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente, o*
- *a un Consejo de Administración».*

Luego nos ocupamos del Consejo de Administración.

«2. *Los estatutos podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria».*

«3. *Todo acuerdo de modificación del modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil».*

Otra diferencia que se apunta con la *SA* es que, al referirse a la pluralidad de administradores, habla de varios que actúen solidaria o conjuntamente, lo que parece permitir más de dos administradores mancomunados, mientras en la *SA* hemos visto que sólo se permiten dos. *CABELLO DE LOS COBOS*, frente a esta duda que plantea la *LSL*, estima, de todos modos, que, aunque no sea muy clara la norma, sería normal entender que pasando de dos administradores mancomunados, es necesaria la fórmula del Consejo de Administración, como en la *SA*.

C) NOMBRAMIENTO

Así como la estructura del órgano de administración en principio viene determinada, en los términos ya vistos, en los estatutos, no así el nombra-

miento de las personas concretas que van a ejercer el cargo, el cual se lleva a cabo:

- Bien *en el momento constitutivo* por acuerdo de todos los fundadores en la fundación simultánea o por la Junta constituyente en la fundación sucesiva, siendo precisamente ésta, como hemos visto, una de las menciones de la escritura de constitución de la SA [art. 8-f) de la Ley], o en la escritura constitutiva de la SL [art. 12-f)].
- Bien durante la vida de la sociedad *por la propia Junta General* por el acuerdo de la mayoría, de acuerdo con el artículo 123 de la LSA, que dispone:

«El nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la Junta General, la cual podrá, además, en defecto de disposiciones estatutarias, fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación».

Y en la SL, de acuerdo con los artículos 44-b), que señala como competencia de la Junta *«el nombramiento y separación de los administradores»*, y del artículo 58-1, conforme al cual: *«La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde exclusivamente a la Junta General».*

Con esta norma del artículo 58 se rechazan los mecanismos alternativos de nombramiento previstos en la LSA —representación proporcional y cooperación—.

Por su parte, el artículo 125 de la LSA dispone:

«El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar sus nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas o su denominación social, si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su domicilio y nacionalidad y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente».

También el artículo 58-4 de la LSL establece que: *«El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación».*

Como se apunta en estos artículos hay que destacar la *necesidad de aceptación* del cargo para que pueda ser inscrito el nombramiento en el Registro Mercantil. Lo que de modo claro se establece en el artículo 141 del RRM, al disponer que: *«no podrá inscribirse el nombramiento de los administradores en tanto no conste su aceptación».*

De este precepto hay que destacar el hecho de no ser suficiente la simple designación de los administradores, ya que ha de ir acompañada de la *aceptación* de los nombrados para su acceso al Registro. Y esta aceptación no sólo condiciona la inscripción de los nombramientos de administradores, sino incluso la de la escritura de constitución de la sociedad, según opina RODRÍGUEZ ADRADOS, cuya opinión comparto. Esta exigencia, sin embargo, no impide la aceptación en documento separado.

La idea que informa esta norma es la de que las sociedades no deben quedar paralizadas por falta de órganos, según doctrina de las Directivas de la CEE, por ello se exige, de una parte, esa aceptación para inscribir los nombramientos y consiguientemente la constitución de la sociedad —si los mismos se hacen en la escritura constitutiva, y de otra parte, como han señalado las *Resoluciones de la DG, de 26 y 27 de mayo de 1992*, no puede inscribirse en el Registro Mercantil la renuncia a sus cargos de todos los miembros del Consejo de Administración o del administrador único, aunque la hayan notificado fehacientemente a la sociedad, si no han procedido a la convocatoria de Junta que designe a sus sucesores en el cargo.

Aparte esta novedad del artículo 141 del RRM, también consideramos necesario hacer una alusión al artículo 111 del mismo RRM, por los problemas que está planteando, ya que no siempre es fácil cumplir el requisito de la notificación fehaciente a la persona que sale de un cargo y en la que estaban reconocidas facultades certificantes.

Algo de claridad parece aportar la *sentencia del TS de 27 de enero de 1992*, que, refiriéndose a las notificaciones administrativas practicadas por correo, señala como requisito, cuando la entrega no se haga al mismo destinatario que se haga constar la condición del firmante, concretamente, *que conste el parentesco o la razón de permanencia del receptor en el domicilio del destinatario*, lo que permitirá presumir que el destinatario final llegará a recibir la documentación inicialmente entregada.

Y para los casos en que no sea posible o falle la pretendida notificación, por ejemplo, al devolverse el resguardo con firma ilegible sin indicar a quién se hizo la entrega, creo que puede acudir, para practicar la inscripción en el RM, cuando falle la certificación, a cualquiera otro de los medios previstos en el artículo 107 del RRM: acta, libro de actas, testimonio de una u otro y acta notarial, ya que, sin acudir a la certificación, puede conseguirse la elevación a público de los acuerdos sociales. Otra posibilidad, no prevista en el artículo citado, es la de que el acuerdo se haya adoptado directamente en la Notaría al comparecer los mismos socios, y se recoja en la misma escritura. En todos estos supuestos, al no ser necesario expedir certificación, estaría excusada la notificación del artículo 111.

Un tema interesante en relación a la eficacia del nombramiento de los administradores es el de la determinación del momento en que pueden ejercer

su cargo, ya que del citado artículo 125 de la Ley se deduce un doble requisito de aceptación del cargo e inscripción en el RM. En éste es posible distinguir según que la actuación del administrador vaya dirigida al mismo Registro Mercantil o al Registro de la Propiedad. En efecto, por exigencia del principio de tracto sucesivo formulado en el artículo 11 del RRM, y, concretamente, en su apartado 3.º, que dispone que: «*Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos*», cualquier acto inscribible en el Registro Mercantil otorgado por un administrador necesitará, no sólo que el mismo haya aceptado el cargo, sino que lo tenga ya inscrito en el RM. Sin embargo, como un RRM no puede regular operaciones a practicar en otro Registro que no sea el Mercantil, el hecho de la no inscripción de un administrador en el RM no impide pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad un acto o contrato inscribible en dicho Registro otorgado por un administrador, aunque su cargo todavía no esté inscrito en el RM. No cabe duda que habrán de cumplirse las otras exigencias del artículo 124, esto es, su mismo nombramiento, que debe reflejarlo en la escritura su Notario autorizante, y la aceptación, que ha podido ser tácita y manifestarse por el simple hecho de actuar en nombre de la sociedad. Aunque en un primer momento fueron numerosos los Registradores de la Propiedad que alegaban como defecto esa no inscripción en el RM del cargo del administrador, la DGRN ha terminado admitiendo en más de una resolución la posibilidad de dicha inscripción en el Registro de la Propiedad, sin la previa del cargo en el RM, aunque aconsejando actuar con prudencia.

Para el caso de que los nombramientos se efectúen vía *reelección* de los administradores ya nombrados e inscritos, hemos de hacer dos observaciones:

1.^a Que, salvo disposición contraria de los estatutos, el Presidente, Vicepresidentes, Secretario y Vicesecretarios del Consejo de Administración que sean reelegidos, *continuarán desempeñando esos cargos*, sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la posibilidad de revocar dichos cargos el Consejo (art. 146 RRM). No ocurre lo mismo con los consejeros-delegados, lo que es normal, dada la carencia de facultades representativas de la Junta General, por lo que ha de ser el mismo Consejo de Administración el que otorgue las delegaciones. Ya hemos aludido antes a esta norma.

2.^a Que si los nombramientos inscritos lo eran con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva legislación, en cuanto a la indicación de las circunstancias de los reelegidos, no basta remitirse a las que consten en el Registro, ya que ahora se exigen en el artículo 38 RRM algunas que no constarán (fecha de nacimiento, DNI, NIF).

En la LSL está prevista también la *posibilidad de nombrar suplentes*. En efecto, entre las novedades de la ley encontramos en su artículo 59 la posible designación de administradores suplentes, si no hay disposición contraria en

los estatutos, para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de los administradores titulares.

Como requisito se indica el de que el nombramiento y la aceptación se inscribirá en el Registro Mercantil, una vez producido el cese del titular anterior.

El plazo de duración del cargo de estos suplentes será el que tuviere señalado el titular al que sustituyan (art. 59.1 y 2).

D) CAPACIDAD

Tanto en la LSA como en la LSL no se exige la cualidad de socio para ser nombrado administrador, a menos que los estatutos dispongan otra cosa (arts. 123-2 LSA Y 58 LSL).

Explícitamente admite la LSA, en su artículo 125, que pueda ser administrador tanto una persona física como jurídica.

En este segundo caso exige el artículo 143 RRM para la inscripción del nombramiento de persona jurídica administrador, que *conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.*

Habrá que tener en cuenta, además, la Resolución de 11 de marzo de 1991, por la que:

- De una parte, se exige la identificación de una sola persona física.
- De otra, dado que el nombramiento revestirá la naturaleza, bien de un apoderamiento, bien de una delegación de facultades, precisará para su inscripción, respectivamente, su formalización en documento público (art. 18 CCm y 5 RRM) o la certificación del acuerdo de delegación expedido por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto.

E) PROHIBICIONES

1. *En la LSA*, el artículo 124 LSA, reformado por la Ley Concursal, se indican una serie de prohibiciones para ser nombrado administrador, a saber: «No pueden ser administradores:

- los menores de edad no emancipados,
- los judicialmente incapacitados,
- las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso,

- y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad,
- así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio».

2. *La LSL se manifiesta en términos semejantes al artículo 58 LSL. Y el artículo 65-1 contiene una norma sobre prohibición de competencia, al no poder dedicarse «por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya su objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General».*

En el número 2 se establece que: *Cualquier socio podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior».*

Otra novedad de la ley se contiene en su artículo 10.1:

«Salvo acuerdo de la Junta General para cada caso concreto, la SRL no podrá anticipar fondos a sus socios y administradores, concederles créditos o préstamos, prestar garantía en su favor o facilitarles asistencia financiera».

Se exceptúan las ayudas entre sociedades del mismo grupo en el número 2 del mismo precepto.

F) DEBERES

1. *En la LSA se contemplan en los artículos 127 y 127 bis, ter y quáter, el 127-2 y los tres últimos han sido introducidos por la Ley de 17 de julio de 2003, sobre sociedades cotizadas. Veamos:*

Artículo 127: *«Deber de diligente administración:*

1. *Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.*

2. *Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad».*

Artículo 127 bis: *«Deberes de fidelidad:*

Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad».

Artículo 127 ter: *«Deberes de lealtad:*

1. *Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas.*

2. *Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.*

3. *Los administradores deberán comunicar al Consejo de Administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual del gobierno corporativo.*

4. *Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieren en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria...».*

Se cierra el precepto con un apartado 5 en el que se determina quién tendrá la consideración de persona vinculada, distinguiendo según que el administrador sea persona física o jurídica.

Artículo 127 quáter: *«Deber de secreto:*

1. *Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Se exceptúan del deber a que se refiere el párrafo anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.*

2. *Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla».*

2. En la SL, el artículo 61 de la Ley establece que:

«1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.

2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones».

G) SEPARACIÓN

En principio, al hablar de la separación de los administradores, estimo necesario distinguir entre la que se produce por expiración del plazo de duración del cargo o dimisión del administrador y la que se produce por revocación de su cargo por parte de la sociedad y a instancias de ésta.

1.º DURACIÓN DEL CARGO

En la LSA se concibe el cargo de administrador como esencialmente temporal, y así el artículo 126 dispone: «Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima».

Como es lógico, el administrador también podrá dimitir, como prevé el artículo 147 del RRM, que indica cómo se reflejará la misma en el RM.

El artículo 147 del RRM, que se ocupa de los administradores suplentes, para casos de dimisión o cese de administradores, sienta una norma interpretativa para el caso de cese de algún administrador antes de la expiración del plazo de vigencia de su cargo, a saber, que el suplente desempeñará el cargo por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra.

También se contiene una previsión en el artículo 145 del RRM: «El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente, o hubiere transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior».

Este nuevo sistema ha puesto fin a la distinción que se hacía, en base a la Ley del 51, entre administradores nombrados en el acto constitutivo, para los que regía la limitación de cinco años, y administradores nombrados fuera de dicho acto constitutivo, que podían nombrarse por plazo indefinido, según reiterada jurisprudencia; lo que dio lugar a que se emplease en la misma escritura de constitución la fórmula de que los nombramientos se hacían fuera del acto constitutivo, para poder hacerlos por plazo superior al limitado de cinco años.

Podemos encontrar algunas diferencias en este punto entre la SA y la SL, como son las relativas al plazo de ejercicio del cargo, ya que ha sido tradicional en la sociedad de responsabilidad limitada que los administradores ejercieran su cargo por *plazo indefinido*, ya fuesen nombrados dentro o fuera de la escritura fundacional, mientras en la SA el plazo indefinido sólo se admitía por la jurisprudencia para los nombramientos efectuados fuera del acto fundacional, sin que el de los nombrados en el acto de la constitución pudiera exceder de cinco años (art. 76 de la Ley 51).

Esta diferencia, que se había ido borrando para los nombrados en SA fuera del acto constitutivo, en base a la jurisprudencia apuntada, se consagró definitivamente en el artículo 126 LSA, al señalar plazo límite de cinco años para todos los supuestos.

Pues bien, esta diferencia que parecía consagrada a partir de la reforma del año 1989, fue puesta en tela de juicio por la DGRN en su Resolución de *13 de marzo de 1991*, confirmada en otra de *6 de mayo*, y en las que, en base a la exigencia de señalamiento de plazo para la duración de los cargos del artículo 13 de la LSRL, no permite señalar plazo indefinido.

El *anteproyecto* de Ley, en contra de lo dispuesto en el actual artículo 13 y de la postura de la DGRN en las Resoluciones citadas, modifica el sistema de plazo limitado del actual artículo 13, partiendo del sistema de *plazo indefinido*, salvo que los estatutos establezcan *plazo determinado*, lo que ha terminado por salir adelante, al estar más en consonancia con la tradición en este tipo de sociedad. En tal sentido, la nueva LSL, volviendo al sistema tradicional, dispone en su artículo 60.1:

«1. Los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración».

«2. Cuando los estatutos establezcan plazo determinado, el nombramiento caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior».

2.º REVOCABILIDAD o SEPARACIÓN

— En la LSA, el cargo de administrador es revocable *ad nutum*, así el artículo 131 TR señala:

«La separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General».

Junto a esta doctrina general se contemplan supuestos especiales en el artículo 132 LSA, que permiten a cualquier socio pedir la separación para que la Junta adopte el acuerdo, a saber:

- Cuando los administradores estén incurso en alguna de las causas del artículo 124, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir.
- Cuando los administradores lo sean de otra sociedad competidora o tengan intereses opuestos a los de la sociedad.
- *En la SRL* se apuntaba una diferencia en la del año 1953, que en su artículo 13 exigía acudir a los *quorums* reforzados del artículo 17 para cesar a los administradores designados en la escritura de constitución, mientras que el artículo 174-15 del RRM permite señalar si los primeros nombramientos pueden ser revocados por simple mayoría.

Para salvar esta contradicción, la DGR, en su Resolución de 16 de abril de 1991, que se confirma en otra de 25 de noviembre de 1991, ha partido de la distinción entre:

- Nombramiento con condición expresa de contrato fundacional, al que se aplican los artículos 13 y 31 de la LSRL y
- Nombramiento fuera de las condiciones que estructuran el contrato fundacional, al que se aplica el artículo 174-15 del RRM.

La nueva Ley abandona la distinción anterior, según el nombramiento hubiera sido o no en la escritura fundacional, y dice en el artículo 68:

«1. *Los administradores podrán ser separados de su cargo por la Junta General aún cuando la separación no conste en el orden del día.*

2. *Los estatutos no podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social».*

H) RETRIBUCIÓN

- *La LSA*, se ocupa de la misma el artículo, conforme al cual: «*La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100 o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. La retribución consistente en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas que esté referendada al valor de las accio-*

nes, deberá preverse expresamente en los estatutos, y su aplicación requerirá un acuerdo de la Junta General de accionistas. Dicho acuerdo expresará, en su caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referenciay el plazo de duración de este sistema de retribución» (párrafo añadido por Ley de Acompañamiento de 29 de diciembre de 1999).

— *En la LSRL constituye especialidad de la Ley que:*

«El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución» (art. 66.1).

Los párrafos siguientes regulan la forma de señalar la retribución y sus límites:

«2. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios».

«3. Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General».

I) RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

— *En la LSA se regula en los artículos 133 y siguientes de la Ley:*

Artículo 133 (al que reforma la Ley de 17 de julio de 2003):

«1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con que deban desempeñar el cargo.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, descono-

cían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

4. *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 133).*

Los dos artículos siguientes se ocupan de la acción social e individual de responsabilidad.

El artículo 134, bajo el enunciado de la *acción social*, señala que la misma tiene por finalidad la reparación del daño causado a la sociedad, y se entabla por la propia sociedad previo acuerdo de la Junta General, o subsidiariamente por accionistas que representen el 5 por 100 del capital social, y aun por los propios acreedores sociales. La especialidad de esta acción es, de una parte, no necesitar figurar en el orden del día; de otra, que su iniciación lleva consigo la destitución del administrador afectado.

- La *acción individual* del artículo 135 es la que corresponde directamente a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses.
- *En la ESRE*, lo mismo que se establece en la LSA, en el artículo 61 de la LSL se exige: *la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, y guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones.*

En cuanto a la *responsabilidad*, en concreto, el artículo 72 del proyecto se remite a la LSA, por lo que serán aplicables los artículos 133 a 135 de la misma.

Y como especialidad de la SL, que para exigir responsabilidad a los administradores no podrá modificarse en estatutos la mayoría legal prevista para los acuerdos ordinarios (art. 69.2).

J) EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

— *En la LSA* se dice en el artículo 136:

«Cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración».

Resulta, por tanto que, como mínimo, tendrá tres consejeros.

La Ley ha venido, en esta cuestión del Consejo, concediendo derechos a las minorías sociales. El artículo 137 establece lo que se conoce como *sistema proporcional*:

«La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación. A estos efectos, las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes miembros del Consejo».

Y para prevenir situaciones de vacancia se prevé el denominado *sistema de cooptación* en el artículo 138:

«Si durante el plazo para el que fueron nombrados se produjesen vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General».

En Real Decreto de 17 de mayo de 1991 se dictan normas complementarias sobre los nombramientos por el sistema proporcional, en las que prevé, entre otras posibilidades, la de designar suplentes.

En cuanto al *funcionamiento*: La Ley regula cuestiones como:

1.º La *constitución*: que exige la concurrencia, presentes o representados, de la mitad más uno de sus componentes (art. 139).

2.º La *adopción de acuerdos*: que será por mayoría absoluta de los concurrentes a la sesión, que convocará el Presidente o quien haga sus veces, admitiéndose la votación por escrito y sin sesión si ningún consejero se opone.

En casos de empate ha admitido la DGR el voto de calidad del Presidente (17-VII-1956), pero ha rechazado el sometimiento a arbitros (Resolución de 5-XI-1989).

3.º *Régimen interno*: Se regula en el artículo 141, que permite al Consejo, cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa:

- *designar a su Presidente,*
- *regular su propio funcionamiento y*
- *aceptar la dimisión de los consejeros.*

De especial interés, por su frecuencia en la práctica, es la cuestión de la *delegación*, también prevista en el artículo 141, que permite al Consejo, cuando los estatutos no dispongan otra cosa:

- *designar de su seno una Comisión ejecutiva o*
- *uno o más consejeros-delegados,*
- *sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.*

Pero «en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balance a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella».

La delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva o en el consejero-delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos, requieren para su validez:

- el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo,
- y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

— La LSRL, más parca sobre la materia, se limita a disponer en el artículo 57, párrafo 2.º, que:

«En caso del Consejo de Administración, los estatutos o, en su defecto, la Junta General, fijarán el número mínimo y máximo de sus componentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres ni superior a doce. Además, los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del Consejo que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría. La delegación de facultades se regirá por lo establecido para las sociedades anónimas».

Para suplir omisiones habrá que acudir a las normas de la SA, en cuanto sean aplicables, lo que no ocurrirá, como apuntamos antes, en relación con los sistemas proporcional y de cooptación para nombramiento de consejeros, pues el artículo 58-1 es bastante claro al respecto, al reconocer únicamente competencia a la Junta General para el nombramiento de los administradores.

K) EL CONSEJERO-DELEGADO

Conforme al artículo 141-1 de la LSA: «Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros y designar de su seno una Comisión Ejecutiva o uno o más *consejeros-delegados*, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona».

Se contraponen claramente en esta norma la figura del consejero-delegado a la de los apoderados, y se apunta una nota esencial que ha de darse en el

consejero-delegado: la de que sólo puede ser designado tal un miembro del propio consejo, como se deduce de las palabras «de su seno», mientras que el apoderamiento puede concederse a cualquier persona.

Por otra parte, como la Junta General carece de facultades para otorgar poderes o delegaciones, el nombramiento de consejero-delegado sólo puede realizarlo el propio Consejo, como claramente se deduce de lo dispuesto en el artículo 146 del RRM, conforme al cual:

«1. Salvo disposición contraria de los estatutos, el Presidente, los Vicepresidentes y, en su caso, el Secretario y Vicesecretarios del Consejo de Administración, que sean reelegidos miembros del Consejo por acuerdo de la Junta General, continuarán desempeñando los cargos que ostentaran con anterioridad en el seno del Consejo sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la facultad de revocación que respecto de dichos cargos corresponde al órgano de administración.

2. La anterior regla no se aplicará a los Consejeros-Delegados ni a los miembros de las Comisiones Ejecutivas».

En cuanto a las facultades de que puede estar investido el consejero-delegado, podemos distinguir con VICENT CHULIÁ varios supuestos:

- a) Que las facultades vengan o no reguladas en los mismos estatutos, o que sea el mismo Consejo el que decida la delegación, en cuyo caso «indicará el régimen de su actuación» (art. 124-2-d), párrafo 1.º y 2.º RRM).
- b) Que se trate de delegación general de todas las facultades delegables del Consejo o de delegación especial o parcial. Como facultades no delegables, señala el artículo 141 LSA que: «En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuere expresamente autorizado por ella». Si se hace delegación especial o parcial, exige el RRM que se enumeren las facultades concedidas.
- c) Que el Consejo delegue facultades propias o facultades que a él le haya delegado la Junta General. Ya hemos visto que para delegar facultades que haya delegado al Consejo la Junta General, exige el artículo 141 de la Ley que haya expresa autorización.

Para la delegación permanente de alguna facultad del Consejo en el consejero-delegado será necesario el voto favorable de las 2/3 partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el RM (art. 142-2 LSA). Sin embargo, conforme al artículo 152 RRM, lo hecho antes de la inscripción puede ser convalidado por ésta: «Inscrita la

delegación, sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha de nombramiento se retrotraerán al momento de su celebración».

Es destacable, por último, lo dispuesto por el artículo 149-3 del RRM: «El ámbito de poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el artículo 129 de la LSA en relación con los administradores». Más adelante nos ocupamos de estas facultades representativas del órgano de administración.

L) EL GERENTE

Por último, podemos referirnos al gerente, que es un alto directivo de la empresa que no es necesariamente delegado de su órgano de administración, por lo que no es necesario que sea administrador de la sociedad, aunque en la práctica no es raro que puedan coincidir los cargos de consejero-delegado y gerente, al no existir norma positiva que lo impida.

Si el gerente es consejero-delegado, se le aplicarán las normas que acabamos de exponer. En caso contrario, que es lo más normal, y así lo han puesto de manifiesto varias Resoluciones de la DGRN, se trata simplemente de un apoderado de la empresa dotado de un poder bastante amplio y normalmente permanente, esto es, al no ser miembro del Consejo ni administrador, seguirá ocupando su cargo aunque haya llegado el momento de cese o renovación de administradores o consejeros.

Al ser solamente apoderado, no se le aplicará el régimen del artículo 129 de la LSA, pues no se trata de órgano de la sociedad, por lo que sus facultades deben estar perfectamente especificadas y accederán al RM cuando se inscriba su nombramiento; inscripción que, al tratarse de un apoderado general, tendrá carácter obligatorio conforme al artículo 94-5 del RRM y se le aplicará el principio de tracto sucesivo formulado en el artículo 11-3 del mismo RRM, esto es: «Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos».

M) FACULTADES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

La importancia de este tema aconseja dejarlo para el final, para poder dedicarle todo el espacio necesario, ya que es uno de los que más debates ha producido, tanto en la doctrina como por parte de la jurisprudencia, sobre todo, de la DGRyN.

Para enfocar el tema, tenemos que empezar destacando que, de lo que llevamos dicho, resulta que la competencia del órgano de administración se mueve alrededor de dos tipos de facultades: *de gestión*, es decir, de realiza-

ción de aquellas actividades que configuran el objeto social, o sea, de dirigir la empresa de que es titular la sociedad, y en segundo lugar *de representación*, esto es, relacionar en el tráfico a la propia sociedad con otros sujetos:

a) Pues bien, respecto a las *facultades de gestión*, guarda silencio la LSA, pero cabe entender que el órgano de administración tiene necesariamente aquellas facultades de gestión que se correspondan con el objeto social y por tanto no meramente ejecutar acuerdos de la Junta, sino decidir en todos los asuntos comprendidos en el objeto social que no sean competencia de otro órgano y aun otras funciones por delegación, como sería el caso del aumento de capital del artículo 153 LSA, y ello sin que la Junta General pueda restringir ese ámbito de facultades, ni recabar para sí la administración de la sociedad, como resulta de la jurisprudencia de la DGRN, así, entre otras, la Resolución de 31 de octubre de 1989.

En la LSL sí se contiene alguna norma al respecto, que ya hemos adelantado al referirnos a la competencia de la Junta General, y que se contienen en el artículo 44, apartado 1-h) y apartado 2, añadido a instancia de la representación del Grupo Socialista en el Congreso.

En efecto, en el artículo 44-1-h) se habla de: «*Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*».

Y en el 44-2 se dice que: «2. Además, y salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63».

Como ya hemos comentado, la alusión que en este último párrafo se hace al artículo 63 de la Ley, deja a salvo las facultades representativas del órgano de administración que, respecto a terceros, no pueden verse afectadas por decisiones de la Junta, por lo que dichas instrucciones o autorizaciones se desenvolverán, por tanto, en el orden interno, esto es, en el de la gestión de la sociedad, dejando a salvo el ámbito representativo del órgano de administración.

b) En cuanto a las *facultades de representación*, es la cuestión que ha sufrido una reforma más importante a partir de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma y adaptación de nuestra legislación mercantil a la de la CEE y, concretamente, al trasponer a nuestro Derecho positivo el contenido del artículo 9 de la Directiva 68/151 de la CEE, del que pasamos a ocuparnos.

Para comprender las dificultades que ha planteado la reforma, creo oportuno referirme a la situación anterior a las Directivas de la UE, a la normativa contenida en la Novena Directiva y a la adaptación que nuestro legislador ha hecho de la misma. Cerraremos con el estudio de una serie de Resoluciones de la DGRyN, que se han manifestado al respecto.

1. ETAPA ANTERIOR A LA DIRECTIVA DE LA CEE

Entre otras materias de que se ocupaba la doctrina, había que destacar dos: El de la posible relación entre el objeto social y la capacidad de la sociedad y sus administradores, y el de si caben limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos si acceden al Registro Mercantil.

1.1. *Objeto social y capacidad de la sociedad y sus administradores*

Se puede considerar éste un tema clásico del que se ha ocupado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Para precisar el tema hemos de empezar por distinguir entre capacidad de la sociedad y capacidad de sus representantes:

a) En relación con la *capacidad de la sociedad*, los términos en que se plantea la cuestión es la de determinar si en nuestro Derecho rige el sistema de plena capacidad de las personas jurídicas o por el contrario, como ocurre en el Derecho inglés o francés, rige el sistema de limitación de la capacidad por la especialidad del objeto a que se vaya a dedicar la sociedad. Es el problema del *ultra vires*, muy estudiado por los autores, sobre el que podemos decir que es doctrina casi unánime entre los autores españoles la de que en nuestro Derecho rige en esta materia el principio de capacidad general, basado en el artículo 38 del Código Civil, que señala de modo expreso que las personas jurídicas *«pueden adquirir y poseer toda clase de bienes, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución»*.

De esta opinión generalizada se apartan dos autores: en el campo del Derecho Mercantil, el profesor GIRÓN TENA, en Derecho Civil, GARCÍA-VALDECASAS.

Esta tesis viene también avalada por la jurisprudencia del TS y de la DGRyN. Así el TS, después de algunas vacilaciones en los momentos de publicación del Código Civil, a partir de una sentencia de 5 de noviembre de 1959, es claramente partidaria de la capacidad general de las sociedades. Entre las manifestaciones del TS, podemos citar estas palabras: *«Las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general; por consiguiente, en una esfera que va más allá de las relaciones económicas y que se extiende a todo el campo, salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de un sustrato físico y, por tanto, el fin de ellas no constituye por sí mismo un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten en su fin»*.

También hay bastantes Resoluciones de la DGRyN que sostienen que el objeto social, aunque ha de estar determinado, «no limita la capacidad de la sociedad» (Resolución de 2 de octubre de 1981).

b) En cuanto a la *capacidad de los administradores en la esfera representativa*, tanto las sentencias del TS, que después de admitir la capacidad de las sociedades y de las personas jurídicas aunque actúen más allá de su fin o de su objeto social, señalan que, esto es, «sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos». Y en la misma línea la DGRyN, al manifestar, en Resolución de 1 de julio de 1976, que «el objeto social no limita la capacidad de la sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores»; y en la antes citada Resolución de 2 de octubre de 1981, que «el objeto social ha de estar determinado, pero esta determinación no limita la capacidad de la sociedad, sino las facultades representativas de los administradores».

Como lógica consecuencia de esta postura, no puede extrañar que tanto el TS en sentencia de 16 de diciembre de 1985, como la misma DG, en Resoluciones de 4 de abril de 1980 y 6 de septiembre de 1982, después de decir que los administradores de las sociedades extienden su representación, como mínimo a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la empresa, ya que dichas facultades son mínimas e ilimitables, afirma que esto «no impide que puedan serle ampliadas a otros actos que excedan del giro y tráfico de la empresa, bien por tenerlas conferidas en estatutos o bien porque lo autorice la Junta General».

Esta postura de la DG, anterior a la reforma de 1989 y teniendo a la vista la Ley de 1951, era hasta cierto punto defendible, aunque me atrevo a sostener que, si como hemos venido señalando a lo largo de nuestra exposición, la actuación externa o, respecto a terceros de la sociedad, se lleva a efecto a través de sus órganos de administración, la lógica consecuencia que de ello se deriva es que, si el objeto no limita la capacidad de la sociedad, tampoco debería limitar las facultades representativas de su órgano de administración, pues de otro modo sería superfluo reconocer esa amplia capacidad a la sociedad si no puede hacerla valer frente a terceros, y que haya que acudir a una enumeración estatutaria de facultades o que éstas se concedan por la Junta General, que, como venimos viendo desde el principio, carece de facultades representativas.

Otra cosa es, y así lo apunta tanto el TS como la DG, que los terceros puedan verse afectados por los excesos de los administradores, aunque éstos sí puedan ser responsables de los mismos frente a la sociedad. Más adelante nos detendremos en este punto a la vista de la legalidad vigente.

Como resumen de este punto que estamos considerando, nos encontramos con la duda de que, mientras se reconoce plena capacidad a la sociedad, sin que la limite su objeto social, si parecen verse limitadas por el objeto las

facultades representativas de los administradores. Y esta distinción ha sido incluso reconocida en la doctrina anglosajona, siempre fiel al sistema del *ultra vires*, y en su misma jurisprudencia se ha ido abriendo paso la diferenciación entre actos *ultra vires the company* y actos *ultra vires the directors*, lo que ha acabado llevando la consecuencia práctica de que el objeto social, si bien sigue constituyendo en ciertos supuestos una limitación externa —al poder representativo del órgano de representación—, ha dejado de ser un límite a la capacidad de la sociedad.

1.2. *Limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos si acceden al Registro Mercantil*

Se trata del segundo tema que había planteado dudas antes de la reforma de 1989, y sobre el cual tenemos que manifestar que nuestra doctrina distinguía entre las facultades representativas del «factor notorio» y las del «factor con poder inscrito». En el primer supuesto se supone que las facultades del administrador se extienden a todo lo relacionado con el antes llamado giro o tráfico de la empresa, y que por la influencia ciertamente germánica del profesor GARRIGUES se introdujo en la LSL de 17 de julio de 1953, al regular las facultades de los administradores. En efecto, el artículo 11 no permitía limitar las facultades de los administradores en materias relacionadas con el giro o tráfico de la empresa, expresión no totalmente igual pero, hasta cierto punto, equivalente a la del actual objeto social. Esta idea se encuentra también latente en varios de los preceptos que el Código de Comercio dedica a la comisión o mandato mercantil, como los artículos 281, 283, 284 y 286, de los que se desprende que el gerente o factor de una sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento.

En cuanto al poder inscrito, son muy significativas las palabras al respecto de BERGAMO, cuando señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman, con significativa unanimidad, que la representación legal (o sea, la de contenido típico) únicamente es aplicable en toda su rigidez al denominado «factor notorio»; no al factor con «poderes limitados inscritos en el Registro». El factor notorio se presume investido de un apoderamiento general, que le permite desarrollar todas las operaciones comprendidas dentro del giro o tráfico de la empresa. Por el contrario, el factor con poder limitado inscrito en el Registro, no puede rebasar las atribuciones que le han sido conferidas. Ya el artículo 175 del Código de Comercio de 1829 admitió la posibilidad de que el comerciante redujese en el documento de poder las facultades normales del factor. Y la sentencia del TS, de 30 de septiembre de 1960, aun aceptando que el factor notorio vincula al empresario por los actos y contratos compren-

didados en el tráfico de la empresa, estima también que *las limitaciones inscritas al poder del factor surten efectos frente a terceros*.

En la misma línea, URÍA señala que el artículo 286 del Código de Comercio no constituye obstáculo para que el principal pueda ampararse frente a tercero en las limitaciones establecidas en el poder inscrito en el Registro, porque ese precepto se refiere exclusivamente al denominado «factor notorio» y no al «factor con poderes inscritos». La razón de la diferencia la encuentra URÍA en que cuando se trata de factor con apoderamiento inscrito en el Registro, los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la ley presume que las conocen; mientras que el supuesto del factor notorio la ley ha tenido que reputarle dotado de un poder general comprensivo de todas las operaciones concernientes al giro o tráfico del establecimiento, precisamente en defensa de esos terceros que no pueden conocer el ámbito del poder tácitamente otorgado. Para proteger a los terceros es por lo que no se admiten eventuales excepciones del principal fundadas en supuestos abusos o transgresiones de facultades que no han tenido la consiguiente publicidad registral; y por esa misma razón se declara obligado al principal aun cuando el factor no haya declarado al contratar que actuaba en nombre del propietario o principal del establecimiento a que notoriamente pertenezca. Cita también la sentencia del TS, de 30 de septiembre de 1960, así como la de 10 de febrero de 1967, sobre la necesidad de dar publicidad al poder para que pueda estimarse limitado y no general. De todos modos, señala que la posibilidad de limitar las facultades representativas del factor ha sido considerablemente reducida por virtud de lo establecido en los artículos 76 LSA (la de 1951) y 11 LSRL (de 1953), que extiende las facultades de los administradores de estas sociedades a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa.

La opinión de estos autores, que no era aislada ni mucho menos, no podía menos que pesar en el ánimo de nuestro legislador del año 1989, y es una de las razones que pueden justificar la vacilación del mismo al llevar a nuestra legislación mercantil el contenido del artículo 9 de la Primera Directiva y el hecho de que pueda hablarse de una adaptación incompleta en esta materia, como vamos a ver enseguida.

2. LA NOVENA DIRECTIVA DE LA CEE

A pesar de que todavía no ha sido aprobada la Directiva sobre órganos de la sociedad, dado que las dificultades que presenta el acuerdo de todos los miembros está retrasando la aprobación de la que se ha propuesto como Quinta Directiva, no obstante, si se ha adelantado la CEE con la regulación de la representación y facultades del órgano de administración, lo que se ha

hecho a través del artículo 9 de la Primera Directiva, o Directiva 68/151 de la CEE, en el cual se dispone:

«1. *La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si éstos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan de los poderes que la Ley atribuye o permita atribuir a estos órganos.*

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2. *Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado».*

3. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A PARTIR DE LA LEY DE 1989, SOBRE REFORMA Y ADAPTACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN A LA COMUNITARIA Y SU POSIBLE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Nuestro Derecho positivo se haya contenido en los artículos 128 y 129 de la LSA, en los artículos 62-1 y 63 de la LSL y en artículo 124-2 del RRM, que pasamos a exponer:

a) *En la LSA:*

Artículo 128:

«La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos».

Artículo 129:

«1. *La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro, será ineficaz frente a tercero.*

2. *La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».*

b) *En la LSL:*

Artículo 62:

«1. *La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores.*

2. *La atribución del poder de representación a los administradores, se regirá por las siguientes reglas:*

- a) *En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.*
- b) *En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.*
- c) *En el caso de varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos.*
- d) *En el caso del Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto.*

Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios consejeros-delegados, se indicará el régimen de su actuación».

Artículo 63:

«1. *La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro, será ineficaz frente a terceros.*

2. *La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».*

c) *En el RRM:*

Artículo 124-2:

«2. *En los estatutos se hará constar también a qué administradores se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación:*

- a) *En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.*

- b) *En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrán carácter meramente interno.*
- c) *En el caso de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercitará mancomunadamente.*
- d) *En el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto. Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios consejeros-delegados, se indicará el régimen de su actuación.*
- e) *En el caso de que la administración se confiera por los estatutos a un Consejo y a una Comisión Ejecutiva o a uno o varios consejeros-delegados, se estará a lo dispuesto en el apartado anterior».*

d) *En la EECv se insiste en que la representación en juicio de las sociedades corresponde a sus administradores. El artículo 7, que regula la comparecencia en juicio y la representación, dice en su número 4 que: «Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente les representen», y en el artículo 631-1, que trata del nombramiento de administradores judiciales en los casos que procedan, entre las personas que hay que citar, al efecto, nombra «a los administradores de las sociedades».*

La comparación de nuestros textos legales con el artículo 9 de la Quinta Directiva pone de manifiesto que no ha estado muy acertado nuestro legislador al introducir en nuestra legislación la norma comunitaria, habiendo llegado a decirse que la trasposición ha sido francamente mala, hasta el punto de que puede hablarse sin ambages de un auténtico incumplimiento. En tal sentido, el Notario ANTONIO ROLDAN RODRÍGUEZ, en el primero de los tres trabajos que se publican reunidos en la *RCDI* bajo el enunciado «Cuestiones sobre la calificación registral» (núm. 606, septiembre-octubre, pág. 1890). Los otros dos trabajos son del Notario y Registrador PEDRO ÁVILA NAVARRO, y del Registrador JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

La simple lectura de estos trabajos y las contradicciones que se ponen de manifiesto entre los citados autores y otros que han escrito sobre el particular, indican que no son pocas las dudas que está planteando en la práctica la adaptación que ha intentado hacerse en nuestro Derecho positivo de las normas comunitarias en que se regulan las facultades de los administradores de las sociedades.

La justificación de estas dudas puede encontrarse en que la Primera Directiva sigue el principio germánico del poder ilimitable de los administrado-

res, que choca con el principio latino del poder restringido a las facultades concedidas en los estatutos o derivadas del objeto social —que ha venido rigiendo en nuestro Derecho positivo y era común opinión doctrinal—, como hemos dejado expuesto anteriormente, aparte de la posibilidad admitida por nuestra doctrina y la del mismo TS de que podían afectar a tercero las limitaciones inscritas en el Registro Mercantil.

En síntesis, podemos decir que la adaptación a la legislación de la CEE y la recepción de la doctrina comunitaria debe llevar consigo:

PRIMERO.—Que sean ilimitables frente a terceros las facultades de los órganos sociales competentes, aunque se hubieran publicado limitaciones a las mismas (art. 9-2, 1.^a Directiva).

Nuestro legislador, como hemos visto, dice que será ineficaz frente a terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil (art. 129.1 LSA). Pero esta norma viene condicionada en el primer inciso del precepto que comentamos, al decir que la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, mientras que en la Directiva de la CEE no se hace alusión al objeto social.

SEGUNDO.—Que puede quedar obligada la sociedad frente a tercero al ser eficaz el acto realizado por sus órganos fuera del objeto social, a menos que dicho acto exceda de los poderes que la Ley atribuye o permite atribuir a estos órganos (art. 9.1, 1.^a Directiva).

A la vista de esta norma comunitaria, se nos ocurre pensar, por ejemplo, como acto excluido, un aumento de capital acordado por los administradores, fuera de los supuestos en que la Ley permite atribuir a los mismos esa facultad o su ejecución (art. 153 LSA).

En nuestra LSA se matiza esta facultad de los administradores más allá del objeto social, al señalarse que cuando el acto no esté comprendido en el objeto social, la sociedad quedará obligada pero solamente frente a tercero de buena fe y sin culpa grave (art. 129.2 LSA). Tampoco aquí la concordancia es total, ya que la Directiva prescinde de la situación de buena fe y no culpa del tercero.

Y al llegar a este punto, creo debe reconocerse la importante labor que está llevando a cabo la DGRyN, al tratar de completar esa adaptación, a veces teniendo que saltar sobre la letra de algunos preceptos, como se está poniendo de manifiesto a través de una serie de resoluciones de las que luego trataremos, aunque, antes de ello, creo necesario señalar, de una parte, que no es esta la misión específica de este Centro Directivo, y de otra, que no siempre está siendo comprendida su doctrina, y mucho menos compartida, como se pone de manifiesto en comentarios a algunas de sus Resoluciones.

4. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Para poder llegar a unas conclusiones y ver cómo la DG, superando posturas anteriores, trata de adecuar el contenido de nuestros textos legales con la Directiva de la UE, creo conveniente volver a ocuparme de los temas debatidos antes de la reforma de 1989, esto es, de la que hemos llamado etapa anterior a la Directiva de la CEE, con las mismas materias antes analizadas:

- a) En relación con la *capacidad de la sociedad*, la DG, en las Resoluciones posteriores a la reforma de 1989, no se encuentra ninguna que altere la doctrina de otras anteriores a dicha reforma, en las que se decía que el objeto social no limita la capacidad de la sociedad.
- b) En cuanto a la *capacidad de los administradores en la esfera representativa*, es aquí donde la DG ha tenido que modificar o matizar los criterios sostenidos en Resoluciones anteriores, en las que venía reconociendo que el objeto social, aunque no influya en la capacidad de la sociedad, sí afecta a la esfera de actuación de los administradores y, sobre todo, a las facultades representativas de los administradores.

Entre otras, podemos citar varias Resoluciones:

1.^a *La Resolución de 11 de noviembre de 1991*, que es una de las Resoluciones que más se ha acercado a la doctrina germánica y a la postura del artículo 9.1 de la Primera Directiva, y en la cual se dice que no es necesario expresar el objeto social en la escritura de compra por el administrador único de una SL, al señalar que:

«La conexión de un acto con el objeto social no es sencilla en general, a priori, ya que esa conexión tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador—, participa en muchas ocasiones del factor riesgo, implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces —por públicas— determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociales propios del objeto de la sociedad que representan. En consecuencia, rechazar esa conexión a priori escapa ordinariamente a la función calificadora o, como advirtió la Resolución de 16 de octubre de 1964... no puede el tercero asumir la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el administrador, con el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante —art. 1.288 del CCv— por lo que normalmente es sólo la entidad, y a posteriori, la única legitimada para contrastar esa conexión y exigir las responsabilidades procedentes al administrador que hubiese realizado actos desconectados del objeto social o incluso anular el acto, si éste resultare claramente contrario al objeto social».

2.^a *La Resolución de 13 de diciembre de 1997*, que es una aplicación de la doctrina de los actos conexos con el objeto social, aludida en la Resolución que acabamos de comentar, y en la cual, en relación con el artículo 41 LSA, admite como operación ordinaria la compra de una vivienda, habida cuenta que el objeto social es la construcción y reforma de toda clase de edificaciones destinadas a locales comerciales y viviendas, al decir que: «...si bien es cierto que la construcción y reforma de viviendas y locales no presupone necesariamente la previa adquisición del piso o local en que haya de operar la construcción o reforma, no lo es menos la frecuente conjunción con que en la práctica se presentan en aras a una mayor rentabilidad de la actuación social, de modo que a la adquisición debatida no resulta pertinente la exigencia de los requisitos establecidos en el artículo 41 LSA».

Este último argumento de la DG está en la línea de la doctrina norteamericana que se detiene, más que en el campo estricto del objeto social, en el del provecho de la sociedad, que puede justificar la realización de un acto gratuito que puede acabar suponiendo un beneficio para la sociedad. Ya en España la Resolución de la DGR, de 2 de febrero de 1966, consideró admisible una donación efectuada por una sociedad de regalos propagandísticos, ya que benefician indirectamente a la sociedad. Y en la misma línea, en la Resolución más reciente de 22 de noviembre de 1991, se permite la inscripción de una cláusula estatutaria en la que se prevé el destino cada año de una parte de los beneficios sociales a determinadas fundaciones benéficas, en cuantía no superior al 5 por 100 de los obtenidos en el ejercicio.

3.^a *Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1997*, que merecen una consideración especial, de una parte, al haber estado implicado en las mismas, como más adelante pondré de manifiesto; de otra, porque a primera vista la doctrina de estas Resoluciones parece estar en contradicción con la contenida en las Resoluciones que hemos expuesto en párrafos anteriores. Sin embargo, no lo creo así, ya que lo único que señalan estas dos Resoluciones es la improcedencia de llevar al Registro cláusulas estatutarias que permitan, vía capacidad de la sociedad o vía facultades de los administradores, la constitución de sociedades, cualquiera que sea su objeto, por una sociedad que tiene un objeto determinado en sus estatutos, y en el caso de esas dos Resoluciones, precisamente un objeto exclusivo —seguro y reaseguro—. En efecto, ninguna de dichas Resoluciones pone trabas a la realización de determinados actos ocasionales, incluso fuera de las actividades propias del objeto social.

En estas Resoluciones se dice también que, si uno de los efectos que la Ley anuda al objeto social es la definición de la extensión del poder de representación que corresponde al órgano gestor (art. 129 LSA), dos consecuencias resultan inequívocas:

- a) Por una parte, la no necesidad de una adicional y coincidente definición estatutaria de ese poder representativo, mediante la enumeración pormenorizada de las facultades que lo integran.
- b) Por otra, la incertidumbre que se produce cuando en esa enumeración se incluyen facultades que, entendidas en términos absolutos, desbordarían claramente el objeto social, pues tanto podría entenderse que esta atribución suplementaria revela una ampliación indirecta de aquél, con todas las consecuencias que ello conlleva, como que la finalidad perseguida es exclusivamente la mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de la actividad propio de la sociedad.

Por lo demás en estas Resoluciones se dice también que ha de reconocerse que la suscripción o posterior adquisición por una SA de acciones o participaciones sociales de una entidad que tenga un objeto social diferente, no implica necesariamente para aquélla una actuación ajena a su objeto social; si bien supone la dedicación de parte del patrimonio de la entidad a una actividad distinta de la delimitada en su objeto, diversas circunstancias, tales como:

- el reducido porcentaje de participación,
- la relación cuantitativa entre esta participación y el total patrimonio de la sociedad partícipe,
- las exigencias de rentabilidad de recursos excedentarios o de recursos que no pueden o no deben ser inmediatamente aplicados a la consecución de los fines propios de la entidad

pueden hacer posible su calificación como actos complementarios, o auxiliares, pero, en definitiva, encauzados y subordinados a la consecución última del objeto social; habrá de estarse, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación del objeto social y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes.

4.^a *La Resolución de 11 de marzo de 1992*, en la que se revoca la nota de un Registrador Mercantil que suspendió la inscripción de una escritura de constitución de una SA que tiene por objeto actividades de viajes y turísticas, porque uno de los tres socios fundadores era una sociedad de Banca, para lo que la DG tiene en cuenta entre sus argumentos: que los administradores del Banco, como órgano externo, sólo tienen limitaciones estatutarias de carácter interno, sin que sus actuaciones perjudiquen a terceros de buena fe, y que el objeto social no puede calificarse con criterio exclusivamente riguroso, ya que en los artículos 117, 129 y 133 de la vigente LSA se aceptan como incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto de forma directa o indirecta.

ta, así como los complementarios o auxiliares para ello, sino también los actos neutros o polivalentes e incluso los actos no aparentemente conectados con el objeto social, quedando excluidos del ejercicio del poder de representación los claramente contrarios al objeto.

5.^a *La Resolución de 16 de marzo de 1990*, que ha considerado innecesaria la enumeración de las facultades de los administradores en los estatutos, doctrina que ha sido definitivamente consagrada en el párrafo 4 del artículo 124 del RRM, conforme al cual: «*No podrán inscribirse en el RM las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos*».

c) Por lo que respecta a las *limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos, si acceden al Registro Mercantil*, podemos referirnos a la siguiente Resolución:

La Resolución de 12 de junio de 1992, que, partiendo de la doctrina del sistema monista que preconiza la Novena Directiva de la CEE, no permite el acceso al Registro de la exigencia estatutaria de actuación conjunta para determinados actos —«prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o comprar o vender inmuebles»—, al haberse optado en unos estatutos por el sistema de dos administradores solidarios, ya que no se determina claramente en los mismos que esa exigencia tendrá un alcance meramente interno, al amparo de lo permitido por el artículo 124.2.b) del RRM.

La Dirección General señala en dicha Resolución que «la trascendencia de las normas estatutarias o de la escritura social en cuanto rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad (cuya eficacia alcanzará a terceros que no intervinieron en su redacción) y la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales, imponen la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a la inscripción; labor esta que inequívocamente corresponde realizar a los propios constituyentes» y rechaza la inscripción de las estipulaciones debatidas «en tanto en ellas no se precise el alcance meramente interno de esta necesidad de actuación conjunta para ciertos actos».

Sin embargo, en este punto, me permito discrepar en cuanto a la forma de actuar el Registrador Mercantil, y ello, dada la forma de expresarse el artículo 129 LSA y el 63 LSL, cuando dicen que: «*Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a tercero*». Palabras que parecen permitir la inscripción de esa limitación, aunque no sean los mismos estatutos los que hagan constar el carácter interno de la limitación y sea el mismo Registrador el que lo haga constar en la inscripción.

Y digo esto porque no podemos desconocer la utilidad del reflejo de dichas cláusulas limitativas en el Registro Mercantil, aunque sea de manera indirecta, como voy a tratar de justificar, y ello, partiendo de la idea, que sí tengo bastante clara, de que dichas limitaciones no afectarán a tercero a pesar de su acceso al Registro, por lo cual, como es natural, no serán incluidas en los datos que el Registrador remita al Registro Mercantil Central para ser publicadas en el *BORME*, lo que llevará consigo que solamente se publique en dicho periódico oficial lo que interesa a los destinatarios de su publicidad, esto es, que la sociedad se rige por un sistema solidario de administración.

Mi postura favorable al acceso al Registro de esas limitaciones *con la indicación de que su alcance es meramente interno*, encuentra su fundamento en que si se deniega o rechaza la inscripción de la limitación en el Registro Mercantil, por ejemplo, al haberse consentido la inscripción parcial permitida por el artículo 63 RRM, dicha denegación y exclusión se hará constar en la nota al pie del título, con lo cual, además de no afectar a terceros esa limitación, tanto por el imperativo legal como por ese no acceso al Registro, también puede dar lugar a que los administradores que hayan actuado contra dicha limitación de facultades, puedan alegar frente a la sociedad su ausencia de responsabilidad, en base a que el Registrador, al rechazar el acceso al Registro de la estipulación que exigía actuación conjunta de los administradores, está indicando en cierto modo que la estipulación carece de toda eficacia.

La misma DG, en las Resoluciones antes citadas *de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991*, señala que la inclusión en los estatutos de la concesión a los administradores de facultades para intervenir en la constitución de sociedades cualquiera que sea su objeto, no son susceptibles de inscripción, ya que esa mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de la actividad propio de la sociedad, sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores.

En base a estos razonamientos, estimo preferible llevar al Registro esas limitaciones meramente internas de forma espontánea por el Registrador, bien que con la advertencia de su alcance meramente interno, sin que sea imprescindible que esta advertencia sea labor exclusiva de los propios constituyentes, como parece exigir la DGR, que, por otra parte, no está vetando el acceso al Registro de esas limitaciones, sino exigiendo «aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción». Esto es, si los constituyentes han precisado ese carácter interno de la limitación ya no existiría ambigüedad o incertidumbre en la regulación estatutaria o en la escritura social rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad.

Esa fue mi actitud precisamente en la escritura que motivó el recurso de su Notario autorizante, señor DE PRADA GONZÁLEZ, y que dio lugar a la Resolución de 22 de julio de 1991, de la que antes nos hemos ocupado. En

efecto, en la nota que puse después de despachar la escritura correspondiente y que fue objeto de recurso, en relación con el artículo 15 de los estatutos, que es el que ahora quiero destacar, creo necesario distinguir:

- a) De un lado, las palabras que excluía de la inscripción, en base al consentimiento a la inscripción parcial de los otorgantes de la escritura, esto es, parte de las facultades que se concedían a los administradores de la sociedad en dicho artículo, a saber: «...la participación de la sociedad en la promoción y constitución de otras sociedades mercantiles, en España o en el extranjero, *cualquiera que sean su objeto social y la participación que vaya a tener en ellas la Sociedad*».
- b) De otro lado, la matización que hacía respecto al último inciso de ese mismo artículo 15 de los estatutos, a saber: «se reconoce alcance meramente interno al párrafo segundo del artículo 15 de los estatutos sociales», lo que apoyaba en la cita de los artículos 129 LSA y 124.2.b) RRM.

Basta transcribir el artículo 15 de los estatutos para comprender mi doble postura:

Artículo 15. *«La administración, dirección y representación de la sociedad se confía a dos administradores solidarios designados por la Junta General, con plenas facultades de representación, administración y disposición, obligando a la Sociedad, sin más limitación que las atribuciones que corresponden de modo expreso a la Junta General de Accionistas. En especial, tienen facultad para decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de otras sociedades mercantiles, en España o en el extranjero, cualquiera que sean su objeto social y la participación que vaya a tener en ellas la Sociedad. No obstante, los actos de disposición sobre derechos reales requerirán la actuación mancomunada de ambos administradores».*

De la misma opinión es el Notario que recurrió mi nota, al decir en su recurso de reforma que, «de lo que dice literalmente nuestro texto legal, se deduce la inscribibilidad de esta cláusula», esto es, la de actuación mancomunada a que se refiere el último párrafo transcrito, y sigue diciendo que «no discute el Notario autorizante, el carácter meramente interno que pueda tener el mismo, pero el hecho de que tenga carácter interno no debe impedir que se haga constar en los estatutos sociales». En base a estos argumentos, solicita la inscripción de la cláusula que debatimos, a lo que en mi informe contesté diciendo que «nos ha sorprendido la argumentación del señor Notario en defensa de la inscribibilidad del pacto, ya que la compartimos y, por ello HEMOS INSCRITO DICHO PACTO EN SU TOTALIDAD, BIEN QUE MATIZANDO SU ALCANCE MERAMENTE INTERNO. Tal vez no se hayan entendido nuestras dos notas, pero en ambas se habla de reconocer el

alcance meramente interno al párrafo segundo del artículo 15 de los estatutos, pero no de excluir o suspender su acceso al Registro. Ni hemos impedido se haga constar en los estatutos, ni le hemos cerrado su acceso al Registro (bien que con la limitación indicada). El hecho de que hayamos permitido el acceso al Registro de dicho pacto, en contra de la opinión que conocemos de otros Registradores, lo basamos, *a sensu contrario*, en el número 1 del artículo 129 de la LSA, al hablar de "cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, *aunque se halle inscrita en el Registro...*", aunque reconozcamos, en contra de la opinión del recurrente, que una cosa es su posible acceso al Registro, y otra que sirva, por sí sola, dicha constancia, para "facilitar el día de mañana la prueba de la buena o mala fe de las personas que hayan contratado con las personas que intervienen" (punto *segundo* del recurso *in fine*). Y decimos esto porque en el mismo artículo 129.2 de la LSA, recogiendo el sentir de la primera Directiva, el hecho de la actuación de buena fe y sin culpa grave del tercero, no puede desprenderse de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil». He copiado las palabras que había empleado en defensa de mi postura, ya que son anteriores a las Resoluciones en que la DG parece mostrarse a favor de la no inscripción de esas cláusulas, si no son los mismos constituyentes los que le reconocen su alcance meramente interno. También sirvieron esas palabras para que el Notario recurrente no tocara estos extremos en su recurso de alzada, lo que impidió que la DG pudiera entrar a considerarlos.

De todos modos, debo reconocer que no son pocos los que, compartiendo la postura de la DG en la Resolución que estamos comentando, de *12 de junio de 1992*, que se ha visto confirmada en otra de *2 de diciembre de 1992*, hablan de una posible limitación estatutaria que haya accedido indebidamente al Registro Mercantil. Así, por ejemplo, GIMÉNEZ DUART en sus comentarios a las Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991 (*Revista Jurídica del Notariado*, septiembre-octubre de 1992, pág. 271).

Y no se piense que la doctrina de estas Resoluciones y las ideas que hemos expuesto carezcan de interés, porque hemos visto en algunos estatutos que, después de designar administradores solidarios, se exija actuación conjunta para realizar actos que superen determinada cantidad, aun en supuestos comprendidos dentro del objeto social, o que se supediten dichos actos a la autorización de la Junta General. No son otras las cláusulas estatutarias que han dado lugar a las dos Resoluciones citadas del año 1992, en las que se pretenden combinar facultades solidarias y mancomunadas. Lo hemos visto en sociedades dedicadas a actividades inmobiliarias, en las que se exigía autorización de la Junta para ventas de pisos por importe superior a una determinada cantidad. Incluso ha llegado a sorprenderse el interesado en una de esas sociedades, al indicarle que si el administrador vendía sin dicha autorización, la venta sería eficaz para el comprador, al tratarse de acto

comprendido en el objeto social y ser ilimitables, en ese punto, las facultades del administrador.

N) CONCLUSIONES

A la vista de todo lo que llevamos expuesto, podemos llegar a unas concretas conclusiones, que podemos resumir en las siguientes:

1.^a Se admite, como regla general, *la capacidad de la sociedad, sin limitaciones por razón de su objeto social*, aunque esta extensión habrá de matizarse si tenemos en cuenta, como apunta el artículo 9 de la Quinta Directiva, que *la capacidad general de la sociedad puede venir delimitada por la Ley*, como claramente se ve en una de las legislaciones más abiertas al respecto, como es la alemana, en la cual la capacidad de las sociedades se manifiesta en toda su extensión, ya que el objeto social no sólo no afecta a la capacidad de la sociedad, sino que tampoco constituye un límite externo al poder de los órganos sociales, y, sin embargo, se afirma en este Derecho que la capacidad de las personas jurídicas sólo se encuentra limitada por su propia condición o por disposiciones de carácter legal. En este punto podemos referirnos a determinadas actividades que no puede desempeñar toda sociedad sino aquélla que reúna determinadas condiciones u obtenga las autorizaciones pertinentes para ello. Por ejemplo, la actividad bancada ha de realizarse por SSAA, y no por SSLL, y actividades relacionadas con determinados seguros requieren previa autorización.

2.^a *La indicación en los estatutos de una sociedad de su objeto social no es decisiva a la hora de determinar las facultades de sus administradores*, siendo ésta la principal consecuencia a que nos lleva la doctrina que estamos analizando.

Y ello porque puede entenderse con la DG, que la inclusión en los estatutos de la concesión a los administradores de facultades para realizar determinados actos, como intervenir en la constitución de sociedades, cualquiera que sea su objeto, no son susceptibles de inscripción, ya que esa mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de la actividad, propio de la sociedad, sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores.

Por estos motivos nos encontramos, en definitiva, con el hecho de que *la determinación del objeto social no tiene actualmente la condición de límite a la eficacia de los actos realizados por los administradores en relación con los terceros que con ellos contratan, salvo que la sociedad pruebe la mala fe de dichos terceros o su connivencia con los administradores*.

Sin embargo, la anterior conclusión no permite sostener la irrelevancia de la determinación del objeto social, sobre todo, y así se deduce de casi todas

las Resoluciones que hemos ido citando, si ponemos en relación ese objeto con el *ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores* que puede ejercitarse cuando causen daño a la sociedad por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, conforme al artículo 133 LSA.

En definitiva, el objeto social que venía operando como límite mínimo de las facultades de los administradores, aunque con la nueva legislación sigue actuando como tal, ha sido superado en su consideración de límite máximo de dichas facultades, desde el momento en que, *una vez que se acredite la condición de administrador de una sociedad, ni son los terceros que con ellos contraten, ni es el Registrador que vaya a calificar el documento en que se contenga un acto o contrato inscribible otorgado en nombre de la sociedad, los que hayan de examinar o calificar «a priori» la vinculación con el objeto social del acto realizado por los administradores.*

Será la sociedad, y en definitiva los socios, los que podrán ejercitar las correspondientes acciones de responsabilidad contra los administradores que se hayan excedido en sus facultades, sin que, en principio, dicha actuación pueda afectar a los terceros que con ellos hayan contratado. Y digo, en principio, porque para llegar a anular un acto en perjuicio del tercero que haya contratado con el órgano de representación de una sociedad, será necesario probar la posible connivencia o mala fe de dicho tercero.

A esta solución se llega interpretando *a sensu contrario* el párrafo 2 del artículo 129 de nuestra LSA —*«la Sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos que el acto no está comprendido en el objeto social»*— que es la fórmula con que nuestro legislador traduce la permisividad de la 1.^a Directiva de que *«los Estados miembros podrán prever que la Sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba»*.

De todos modos, al ser la sociedad la única que puede invocar la trasgresión del administrador y la posible nulidad del acto por él realizada, y la que tiene que probar que el tercero conocía la trasgresión o no podía desconocerla, al no ser posible alegar como prueba el simple hecho de la publicación de los estatutos de la sociedad, hay que reconocer que en la práctica la posición de ese tercero es casi inatacable.

Con este sistema intermedio entre el germánico y el latino, como señala ÁVILA NAVARRO (trabajo citado), ni se garantiza la seguridad de los terceros, propia del sistema alemán, ni se asegura a la sociedad frente a las extralimitaciones del administrador como en los sistemas latinos, ya que, al remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa en el tercero es una

invitación al litigio, sobre todo al quitar al Registro Mercantil la presunción de público conocimiento. Por este motivo, continúa señalando ÁVILA NAVARRO, que la excepción de ineficacia del acto por buena fe del tercero no se dirige al Notario ni al Registrador, que no podrán admitir un otorgamiento fuera del objeto, sino al Juez, que puede declarar la eficacia del acto apreciando esa buena fe. Para esta conclusión, parte de que no puede argüirse que la buena fe y la ausencia de culpa deban presumirse.

En este punto, sin embargo, me permito discrepar ya que, al no ser oponible al tercero los posibles abusos de los administradores, aunque conste inscrito el objeto social, sí es obligado presumir que tal tercero obra de buena fe. No otra es la postura que se desprende de una de las primeras Resoluciones que hemos citado, la de *11 de noviembre de 1997*, al decir que *«no puede el tercero asumir la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el administrador con el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante»*.

Y por lo que toca a la calificación, ÁVILA NAVARRO apunta que como el Registrador no puede calificar la buena o mala fe del tercero, debe abstenerse de inscribir los actos fuera del objeto social del artículo 129-2 y atenerse a la regla general del párrafo primero. En la misma línea se manifiesta GARCÍA GARCÍA, en el tercero de los trabajos recogidos en la *RCDI*, partiendo de que si bien la buena fe del tercero se presume, y por tanto ha de probarse su mala fe, sin embargo, hay que observar que la buena fe es «una presunción», y el Registro de la Propiedad español no puede partir de «presunciones»; por lo que no puede admitirse que se diga que porque se presume la buena fe del tercero haya que inscribir el negocio, sin perjuicio de que luego pueda anularse por los Tribunales. Por este motivo, GARCÍA GARCÍA es partidario de que en los estatutos consten las facultades concretas que pueda ejercitar el administrador, ya que el tercero lo que desearía es que, dentro de las facultades de los administradores, constara expresamente la facultad en concreto que le afecta para así evitarse problemas en el futuro. De este modo, la sociedad no podría alegar la mala fe del tercero, si en los estatutos ya figuran las facultades que ejerce el administrador, pues iría contra sus propios actos; y lo mismo cabría decir en el caso de que la Junta General ratificara el acto realizado antes de obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En el mismo sentido, GIMÉNEZ DUART, en sus comentarios a las Resoluciones en que estuve implicado, dice que en la práctica, los estatutos habrán de seguir redactándose con una detallada relación (jurídicamente innecesaria) de facultades de los administradores, pues el tráfico así lo exige, y el Mercantil no es un Derecho de formas, sino de tráfico precisamente, por lo que concluye señalando que, tras la enumeración estatutaria de las facultades de los administradores, habrá que añadir un nuevo rito: «las facultades enuncia-

das no suponen ampliación indirecta del objeto social, sino una mera autorización anticipada para la realización ocasional de tales actos».

Con estas posturas, que vienen a considerar plausible la enumeración de facultades de los administradores que a veces suponen la mitad o más del contenido de los estatutos de las sociedades, se está en contra de la postura que se apunta en la Primera Directiva, y que ya recogía la DGR en su *Resolución de 16 de marzo de 1990*, y cuyo acceso al Registro ha negado definitivamente el nuevo Reglamento del Registro Mercantil.

La consecuencia que se sigue de esta postura del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, de haber suprimido la posibilidad de que accedan al Registro Mercantil las facultades que los estatutos concedan a los administradores y, en su caso, se enumeren en las escrituras de constitución de las sociedades, viene a confirmar la tesis de que los terceros que contraten con administradores de sociedades ya no necesitan consultar el Registro para saber las facultades de que los mismos disponen, y ello porque con la nueva legislación inspirada en las Directivas de la Unión Europea: *los administradores disponen prácticamente, frente a tercero, de todas las facultades, estén o no relacionadas con el objeto social de la sociedad*. Otra cosa es que en el orden interno, la sociedad pueda tener en cuenta esas facultades enumeradas en los estatutos para, en su caso, actuar contra los administradores que se excedan y exigirles responsabilidad por su actuación, sin que ello afecte a la validez frente a tercero del acto realizado.

Otra cosa distinta es que la sociedad actúe a través de un apoderado, ya que, en este caso, sí será imprescindible la enumeración de facultades, ya que el apoderado sólo puede realizar aquello que le haya permitido o para lo que le haya facultado la sociedad; a veces, por razones de simplificación, las facultades que en los estatutos se concedieron al administrador o administradores que ahora otorgan el poder. En este caso, sí se enumerarán las mismas, y caso de tener que inscribirse el poder en el Registro Mercantil, también accederá al mismo la relación de esas facultades concedidas al apoderado.

De todos modos, no podemos terminar sin señalar que todavía existen importantes reticencias en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia a la hora de admitir de una forma inconclusa la doctrina germánica que inspira la nueva legislación, en la línea de la no limitación de las facultades de los administradores, salvo casos muy excepcionales.

El hecho que justifica esas reservas no se encuentra tanto en la mejor o peor adaptación de nuestra legislación mercantil a la de la CEE, sino en una deficiente divulgación de la doctrina que de la misma se deriva, como tuve ocasión de comprobar en un caso en que intervine en mi etapa de Registrador Mercantil de Madrid, y que ya he relatado en anterior trabajo. Dicho caso concreto consistió en que se exigió ampliar la enumeración de las facultades concedidas a un administrador social, concretamente, para que pudiera «rea-

lizar transferencias bancadas», ya que, al no estar dicha facultad contemplada expresamente en los estatutos, una determinada entidad bancada se negó a cursar una transferencia por que en los estatutos solamente se hablaba de que los administradores podían disponer de las cuentas bancadas de la sociedad afectada, aunque no se hablaba de trasferirlas.

Por ello, quiero concluir indicando que es necesario hacer una amplia difusión de la nueva doctrina que rige nuestra legislación mercantil en la materia de que nos hemos ocupado, para que sea definitivamente asumida por los destinatarios de la misma. Y a ello va dirigido este trabajo, con todas las imperfecciones que puedan apreciarse en el mismo.

MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES
Registrador de la Propiedad (jubilado)

PRESENTACIÓN

Presentación del Anuario de Derecho Concursal

El día 15 de diciembre de 2004 tuvo lugar, en la sede del Colegio Nacional de Registradores, el acto de presentación del ANUARIO DE DERECHO CONCURSAL, bajo la Presidencia del Ministro de Justicia Juan Fernando López Aguilar. Por el interés de las intervenciones, la Revista publica las palabras pronunciadas en ese acto por Aurelio Menéndez, Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y las palabras pronunciadas por Ángel Rojo, Catedrático de Derecho Mercantil y Presidente del Consejo de Redacción del Anuario.

INTERVENCIÓN DEL PROFESOR AURELIO MENÉNDEZ

Excelentísimo Sr. Ministro de Justicia
Excelentísimo Sr. Decano del Colegio de Registradores
Señoras y Señores:

I

1. Durante muchos años —demasiados— no ha existido en España una ciencia del Derecho Concursal. Mientras que otras disciplinas jurídicas —y, entre ellas, varios de los diferentes sectores del Derecho Mercantil— pronto adquirieron esa densidad intelectual sin la cual en vano se puede intentar, construir, el Derecho Concursal ha vivido sin orden, sin cimientos, en poder, si acaso, de una literatura jurídica utilizada en la pura práctica profesional, con obras que, en esa línea, pueden calificarse de meritorias, como la de RAMÍREZ en materia de «quiebra» o la de SAGRERA TIZÓN en materia de «suspensión de pagos». En los dos primeros tercios del pasado siglo, los estudios de Derecho Concursal más sólidos se encuentran, paradójicamente, en los dictámenes emitidos con ocasión de la quiebra de la *Barcelona Traction*; pero esos dictámenes no sólo nacieron lastrados por la necesidad de

fundamentar las posiciones de las poderosas partes en conflicto, sino que, además, produjeron durante algunos años una cierta fractura en la doctrina española. Por todo ello —me atrevo a afirmar— mi generación no ha sido una generación de concursalistas. No hemos dejado una obra doctrinal general —ni siquiera un «Curso» o un «Manual»—; apenas alguna monografía sobre aspectos en general no nucleares; y un apretado número de artículos —a veces, muy valiosos— dispersos en las más variadas publicaciones. En la segunda mitad del siglo —como luego veremos— no faltó un impulso prelegislativo, animado por algunos juristas de relieve, entre los que hemos que destacar la labor del Profesor OLIVENCIA, como partícipe en todos los intentos de preparación de una normativa concursal; pero esos esfuerzos no fueron acompañados de suficientes estudios doctrinales.

Tal vez sin quererlo esta lejanía científica del Derecho Concursal —que es también común a los civilistas y a los especialistas en Derecho Procesal— y que tanto contrasta con la tradición marcada por SALGADO DE SOMOZA y su *Labyrinthus creditorum*, explica que no hayamos sabido suscitar vocaciones para el concursalismo. A este factor se unió —al menos, desde la década de los años ochenta— otra circunstancia negativa que hacía huir a los más jóvenes de una legislación caduca y periclitante. Me refiero a la siempre anunciada y siempre pospuesta reforma de la legislación concursal. No parecía prudente dedicar tiempo y esfuerzo a estudiar un Derecho que —se decía— estaba a punto de fenecer.

Por estas razones, para tratar de justificar mi presencia en este acto no tengo, quizá, más legitimidad que la de haber generado o, al menos, propiciado, siempre en el ámbito de la Universidad, un núcleo de estudiosos que, aglutinados en torno a quien es hoy el máximo responsable del *Anuario* que presentamos, el Profesor ROJO, son ahora cualificados cultivadores de esa difícil e intrincada ciencia concursalista. Ese grupo de juristas no es heredero de una tradición científica propia. En cierto modo, son huérfanos; y han tenido que buscar más lejos las referencias esenciales para el desarrollo de la tarea asumida por ellos. De ahí que sea difícil que podamos calificarlos como «sucesores»: tenemos más bien que calificarlos de «pioneros» en ese territorio en el que nosotros, los juristas de mi generación, hemos entrado de forma tan limitada.

2. Pero alguna responsabilidad me cabe, además, en el hecho de que la «larga marcha» hacia la reforma concursal haya alcanzado la deseada meta. El comienzo de esa «larga marcha» se produce, para mí, en el año de 1975, cuando en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación se planteó el debate acerca de si debía revitalizarse o no el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, redactado en el Instituto de Estudios Políticos por una prestigiosa Comisión presidida por JOAQUÍN GARRIGUES.

La opinión mayoritaria era favorable a desempolvar aquel meritorio, aunque discutido, texto prelegislativo. Por mi parte tenía algunas reservas a ese

planteamiento. Para compartir esas dudas, me puse en contacto con el Profesor ÁNGEL ROJO, entonces integrado en el Departamento de Derecho económico de la Universidad alemana de Friburgo. Conocía su interés por el Derecho Concursal; y conocía también la clara inteligencia de que estaba dotado y su sólida formación jurídica, adquirida en plena juventud. Y le pedí que me informara de cuáles eran las grandes líneas de la reforma en las legislaciones más significativas. Al cabo de unos días —muy pocos— recibí unas «Notas para la reforma de la legislación concursal». Estas notas me permitieron descubrir lo alejados que estábamos nosotros de aquello que debía hacerse. Aquellas «Notas» —que casi forcé a que el autor publicara en la *Revista de Derecho Mercantil*—, unidas a otros estudios, tuvieron la virtualidad de ayudar a cambiar el horizonte de la reforma. Cuando, poco tiempo después, fui nombrado Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, traté reiteradamente de poner en marcha la esperada reforma.

3. En efecto, la reforma de la legislación concursal española ha sido finalmente impulsada y —si se me permite la expresión— patrocinada por esa específica Sección del órgano oficialmente encargado de asesorar al Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas: la Comisión General de Codificación. Un órgano —todo hay que decirlo, apreciado Ministro—, con demasiada frecuencia postergado, para mal de las leyes y, en definitiva, de todos los españoles; un órgano sin presupuesto ni dotación; un órgano —y éste es su mérito— que subsiste por la infinita generosidad de muchos de nuestros mejores juristas que, con un altísimo concepto del servicio al Estado, abandonan sus quehaceres para preparar y debatir las reformas legislativas más necesarias.

Ha sido, ciertamente, esa Sección de Derecho Mercantil la que, tras más de cinco años de trabajo, gestó y aprobó el que habría de ser *Anteproyecto de Ley Concursal* de 1983 y muy importante trabajo prelegislativo, redactado por una Ponencia especial presidida por el Profesor MANUEL OLÍ VENCÍ, y de la que formaron parte el magistrado LUIS VACAS y los Profesores JORGE CARRERAS, GUILLERMO JIMÉNEZ y ÁNGEL ROJO. Ha sido también esa misma Sección la que encomendó al Profesor ROJO la elaboración de la que habría de ser *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995*, en la que los materiales del Anteproyecto anterior se insertaban, sobre algunos principios diferentes, en un nuevo diseño concursal. Y ha sido, en fin, la Sección de Derecho Mercantil la que solicitó y obtuvo del Ministerio la creación de una *Sección especial* al lado de las tradicionales, para afrontar definitivamente tan importante reforma; una Sección especial, que bajo la autoridad, la experiencia y el buen hacer del Profesor OLIVENCIA, habría de llevar a buen puerto tan complicado empeño, combinando esos dos textos prelegislativos de tanta calidad —el de 1983 y el de 1995— y añadiendo nuevos elementos hasta conseguir un texto que tras la oportuna —y no muy afortunada— tramitación

parlamentaria, se habría de convertir en la ya vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003.

Existe —y me siento obligado a decirlo— una deuda de gratitud con todos aquellos que como el Profesor ROJO o el Profesor OLIVENCIA y sus colaboradores asumieron la ingente tarea de sentar sobre nuevas bases la reforma de este fundamental sector del Ordenamiento Jurídico. En esa tarea pusieron ideas; en esa tarea pusieron, con absoluta generosidad, ese bien preciado que es el tiempo; y, en ocasiones, en esa tarea pusieron pasión. Como testigo cualificado que he sido y que soy, a unos y a otros rindo público homenaje.

II

1. Una Ley tan esencial como la Ley Concursal supone un desafío para los estudiosos y para los aplicadores del Derecho. Para facilitar el conocimiento y para contribuir a la mejor inteligencia de las normas legales, la editorial CIVITAS ha acogido una doble iniciativa: de un lado, la publicación de un *Comentario de la Ley Concursal*, un «Comentario de autoridad», dirigido por dos de los más valorados mercantilistas españoles: el ya citado Profesor ROJO, y el discípulo de éste, el Profesor EMILIO BELTRÁN, que han reunido a un selecto grupo de privatistas y de procesalistas, entre los que se encuentran algunos de los mejores conocedores de la Ley Concursal; y, de otro, la publicación del *Anuario de Derecho Concursal* —cuya presentación pública ahora nos congrega—, que (al lado de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, también de reciente creación y presidida por el Profesor OLIVENCIA) aspira a ser un importante órgano de expresión de los estudiosos de esta disciplina.

Muchos son los Comentarios que están saliendo a la luz en los últimos meses y semanas: más de una decena. No deja de sorprender que la Ley Concursal cuente con más Comentarios en las librerías jurídicas que los que tiene el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Civil; con muchos más de los que tienen las Leyes sobre sociedades de capital; y —no digamos— con muchísimos más que los que tiene nuestro viejo Código de Comercio. Tal vez la larga espera explique este inusitado interés; o tal vez lo explique el hecho de que, como materia fronteriza o, mejor, interdisciplinar, los expertos respectivos en Derecho Civil, en Derecho Mercantil o en Derecho Procesal hayan confluído en ella, quien sabe si para afianzar o para extender, si fuera posible, los confines de la propia disciplina. No me atrevo a enjuiciar tan extensas publicaciones en tan escaso tiempo. Lo que puedo afirmar es que este *Comentario* dirigido por los Profesores ROJO y BELTRÁN se convertirá —como ha sucedido con otros «Comentarios», especialmente de la legislación sobre so-

ciudades mercantiles— en una obra clásica, comparable a las mejores aportaciones nacionales y extranjeras, e imprescindible para el estudio de la materia concursal.

2. Precisamente al servicio de esa ciencia del Derecho Concursal nace el *Anuario*, en un esfuerzo conjunto de especialistas de muy diversa procedencia. ÁNGEL ROJO y VICENTE MONTES, en la presidencia y vicepresidencia del Consejo de redacción, y EMILIO BELTRÁN y JAVIER ORDUÑA, como directores, nos ofrecen ahora una publicación periódica que pretende ser «piedra angular» sobre la que comenzar a construir esa, entre nosotros incipiente, ciencia del Derecho Concursal. La tarea es de todos; y, por eso, el *Anuario* a todos convoca: a quienes desde la Universidad construyen y elaboran; a quienes desde la aplicación práctica del Derecho —jueces, registradores, notarios, administradores concursales, abogados— se tienen que enfrentar en el día a día con las normas legales, con los problemas de interpretación y con las inevitables lagunas legales de una Ley tan extensa y tan compleja.

Abrijo la esperanza en la continuidad de ese esfuerzo que ahora se inicia. Espero también su fidelidad al alto magisterio recibido y a los valores que se anuncian en la Presentación. El título elegido, *Anuario*, quiere entroncar con algunas de las publicaciones más prestigiosas con que contamos los privatistas españoles: el *Anuario de Derecho Civil*, desde cuyas páginas generaciones de juristas, bajo la impronta y el recuerdo de FEDERICO DE CASTRO han ido contribuyendo decisivamente al progreso del Derecho Privado. Por otro lado, este *Anuario* quiere entroncar también con la *Revista de Derecho Mercantil*, la revista de los mercantilistas españoles, creada en 1946 por los Profesores JOAQUÍN GARRIGUES y RODRIGO URÍA; revista que, desde el fallecimiento de mi maestro el Profesor URÍA, preside el Profesor VERDERA y tengo el honor de dirigir; revista que durante gran número de años ha venido impulsando la ciencia del Derecho Mercantil español, al lado de otras prestigiosas revistas de determinados sectores de esta rama jurídica que dentro de la Escuela española de nuestra disciplina se han ido creando posteriormente. Y espero, en fin, para este *Anuario*, que dentro de muchos años, otras voces, al hacer balance de fidelidad a los propósitos fundacionales, puedan constatar, en este prestigioso foro de los Registradores o en otro semejante, la solidez, la pujanza y la fecundidad de esa ciencia, de ese Derecho Concursal a cuyo alumbramiento estamos asistiendo. ¡Muchas gracias!

INTERVENCIÓN DEL PROFESOR ÁNGEL ROJO

Excelentísimo Sr. Ministro de Justicia; Excelentísimos Sres. Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; Ilustrísima Sra. Directora General de los Registros y del Notariado.

Excelentísimos Sres. Académicos de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia; Excelentísimos Sres. Vocales de la Comisión General de Codificación; Profesores Evelio Verdera, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia; Excelentísimo Sr. Decano del Colegio Nacional de Registradores; Señoras y Señores.

I

LA IDEA

1. Las creaciones del espíritu humano, sean individuales o colectivas, no nacen de modo repentino. Tienen una historia —a veces larga, a veces breve— que es fundamental conocer para juzgar esa creación. Así los libros, así también las publicaciones periódicas, como este *Anuario de Derecho Concursal* que ahora nos congrega. Ciertamente, desde que los textos salen de la imprenta adquieren nueva vida; se independizan del autor o de los autores; y, al objetivizarse, muestran lo que son. Pero conocer el «ser» de un libro o de una revista no es suficiente. Se necesita también —yo diría que se necesita radical y primariamente— conocer lo que se ha querido; indagar en las razones más profundas de esa idea ya materializada. Porque el «ser», para seguir «siendo», necesita tener como norte lo que «pretende ser».

En todos aquellos que, durante las últimas décadas, hemos vivido —a veces como protagonistas; otras, como espectadores, y siempre con esperanza— el largo proceso de reforma de la legislación concursal española, la culminación de ese proceso suscitaba un imperativo ético: el de contribuir, en la medida de nuestras fuerzas, a la mejor comprensión del nuevo Derecho. Para cumplir con ese deber moral, una de las iniciativas que decidimos emprender fue precisamente la de publicar una revista dedicada a este específico sector del Ordenamiento Jurídico. Así nació —reiteramos, por un imperativo ético— el *Anuario de Derecho Concursal*.

¿Qué hemos pretendido conseguir, que hemos aspirado a lograr, quienes nos agrupamos para dar luz a esta nueva revista jurídica? Queríamos, deseábamos —continuamos queriendo, continuamos deseando— contribuir, en la medida de nuestras fuerzas, a una tarea que consideramos ineludible, una tarea a la vez científica y profesional. Una tarea científica, la de ayudar a construir la ciencia del Derecho Concursal español; y una tarea profesional, la de orientar a la práctica y recibir de ella experiencias y, quizá mejor, preguntas. El *Anuario*, como el dios Jano, mira a un lado y a otro. Mira a la Universidad, a la tranquilidad de las bibliotecas, al sosiego de los despachos de nuestras Facultades, que es donde realmente puede hacerse la ciencia; y mira también a la realidad: quiere sentir la tensión del deudor insolvente y de

los acreedores, la urgencia con la que Jueces y Magistrados deben sentenciar y resolver; la preocupación —y la ocupación— de los administradores concursales; el esfuerzo continuado de los abogados y de los demás profesionales... A quienes aspiren a participar en esa tarea de elaboración científica, el *Anuario* se ofrece sin límites. A quienes nos traigan el aliento —o el desaliento— de la aplicación diaria del Derecho, el *Anuario* se ofrece también como punto de encuentro, como lugar ideal de debate, como espacio en el que compartir problemas y formular ensayos de solución.

2. La idea de un *Anuario de Derecho Concursal* tuvo orígenes «civilistas». Surgió hace ya más de cuatro años del círculo del Profesor VICENTE: MONTES, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, y de su discípulo, el Profesor JAVIER ORDUÑA, entonces Catedrático de esa disciplina en la Universidad de Cantabria. Cuando aún la Sección especial constituida en la Comisión General de Codificación, presidida por el Profesor MANUEL OLIVENCIA, no había finalizado la ardua tarea encomendada, esos profesores fueron los primeros que sintieron la necesidad de una publicación de estas características; los que diseñaron las líneas generales de la tarea a realizar y quienes buscaron la siempre necesaria financiación. Cuando la semilla estaba a punto de ser sembrada, EMILIO BELTRÁN, Catedrático de Derecho Mercantil, y yo, fuimos llamados para que nos ocupáramos de cuidar del terreno, de vigilar la germinación y de elegir el fertilizante adecuado para el desarrollo de una planta que aún no existía. En esa labor pusimos la misma ilusión que ellos y no pocos esfuerzos, convencidos, como estábamos —y como seguimos estando— de que el Derecho Concursal llama a todos: a los privatistas, sin distinción (porque, en verdad, no hay distinción); a los procesalistas y a los cultivadores de muchas y muy distintas materias.

3. No somos ambiciosos, sino modestos. Sabemos de nuestras limitaciones, y sabemos también que, como escribió MIGUEL DE CERVANTES en una de sus *Novelas Ejemplares*, «pocas o ninguna vez se cumple con la ambición que no sea en daño de tercero». Otros muchos se habrán sentido o se sentirán llamados a emprender una tarea idéntica o similar. Les deseamos el éxito que merecen. Nuestra voluntad, firme y sólida, es la de participar, la de sumar esfuerzos, y no la de restar protagonismo a quienes lo pretendan. Sólo somos un conjunto de juristas, bien avenidos, de procedencia muy heterogénea, cuya aspiración —que tardaremos mucho en hacer realidad— es publicar lo estrictamente necesario, y no lo superfluo; publicar lo pensado, y no el fruto de una ocurrencia más o menos brillante, el resultado de una improvisación o el afán de ser calificados como expertos. Ciertamente, desde la promulgación de la Ley Concursal, se ha escrito mucho sobre el nuevo Derecho; pero no todo merece ser tenido en cuenta. ¡Nos falta tanto todavía por pensar, por construir...! El pensar exige tiempo; la ciencia exige maduración. Por ello, no es difícil pronosticar que el viento de los años se llevará algunos comentarios,

algunos libros y muchos artículos. Nuestro deseo es que el *Anuario* consiga permanecer; que sea publicación de referencia; que sea imprescindible acudir a sus números, a fin de encontrar cimientos para construcciones cada vez más sólidas y orientaciones para resolver problemas cada vez más complejos.

II

LOS MEDIOS

1. ¿Con qué medios contamos para llevar adelante estos deseos? Contamos con algunos de los mejores concursalistas españoles; con quienes más tiempo han dedicado a estudiar la Ley Concursal; con quienes, desde la Universidad, no se han quedado en la superficie de las normas legales, sino que han profundizado en ellas para hacerlas fecundas; con quienes, desde la práctica, se enfrentan, con conocimientos y con honestidad, a la difícil tarea de aplicar una Ley tan difícil. En la gran mayoría son juristas posteriores a la generación a la que pertenecemos VICENTE MONTES y quien ahora les habla, unos juristas con envidiable formación, que tienen tiempo —lo que nos falta a algunos— y que tienen la voluntad de hacer el *Anuario*. No hemos querido proyectar esa tarea sobre nuestros maestros: la obra de la generación anterior está ya hecha, y es muy valiosa en muchos campos del Derecho Privado. Hemos querido proyectarla sobre nuestros discípulos, sobre quienes nos siguen. A ellos corresponde el peso principal, porque también a ellos corresponde el futuro. Son muchos: algunos de sus nombres aparecen ya en los primeros números; otros aparecerán en los sucesivos; otros, en fin, ni siquiera nos son hoy conocidos. *El Anuario* es —quiere ser— una revista de jóvenes pero sólidos juristas. A todos ellos, los que ya conocemos y los que todavía no conocemos, nuestra gratitud, nuestra confianza, nuestro apoyo. Entre los conocidos, permítanme que destaque los nombres de los Secretarios del *Anuario*: los Profesores de Derecho Mercantil, ANA BELÉN CAMPUZANO e IGNACIO TIRADO; el Profesor de Derecho Civil, JAVIER PLAZA y la Profesora MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA. En los primeros números del *Anuario* han sido especialmente los dos primeros quienes con mayor intensidad han puesto más ideas y más horas. A los miembros del Comité Técnico y a todos los que no podemos nombrar, quienes formamos parte del Consejo de Redacción sólo pedimos la dignidad del trabajo bien hecho y la perseverancia en el empeño.

2. Junto con estos medios personales, contamos con el patrocinio y la financiación del Colegio Nacional de Registradores. ¿Por qué los Registradores? Otras muchas financiaciones alternativas eran posibles. ¿Por qué sólo a ellos acudimos?

Han sido muchas y muy variadas —algunas, quizá, subjetivas— las causas que explican este patrocinio y esta financiación. En primer lugar, la más obvia: la gran preocupación que manifestaron los Registradores de la Propiedad, desde el momento en que se inició la reforma, para que la modificación del régimen jurídico del crédito hipotecario en caso de insolvencia del deudor común —cuya necesidad comprendieron— no alterara sustancialmente los pilares del derecho real de garantía. Durante la reforma, los Registradores de la Propiedad han asumido, como siempre —permítaseme el juego de palabras—, la función de ser «garantes» de este derecho de garantía; y, desde la promulgación de la Ley, han tenido una significativa presencia en el estudio de las limitaciones patrimoniales del concursado; en el examen de las normas legales sobre la paralización y la reanudación de las ejecuciones de garantías reales en el concurso de acreedores; en el análisis de las relaciones entre el concurso de acreedores y el Registro de la Propiedad; y, en fin, en la consideración de los conflictos entre ejecuciones de distinto signo.

Pero existen también otras razones —tal vez menos obvias, pero de mayor enjundia— que explican esta implicación del Colegio en el estudio y en el progreso de la legislación concursal. Entre ellas, la decidida voluntad de asumir la llevanza del Registro de resoluciones judiciales; el hacer que funcione con agilidad, con seguridad y sin costes para los usuarios. Se trata de una iniciativa muy generosa con la que los Registradores contribuyen al éxito de la Ley Concursal. Pero se trata también de una iniciativa de extraordinaria importancia que se trasciende a sí misma: algunos pensamos que el modelo del Registro de resoluciones judiciales —en el que ahora, me consta, trabaja la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia—, podría tomarse en consideración en el futuro para la necesaria modificación del modelo de publicidad del Registro Mercantil. Si en 1989 el Registro Mercantil «cambió de rostro» al modernizar el modelo hasta entonces imperante, ahora ese Registro está llamado a una segunda modernización, a fin de poner al alcance de todos, con mayor facilidad de acceso, la vida de nuestras sociedades mercantiles, que son las protagonistas del tráfico económico. La modificación de la Primera Directiva abre ahora unas posibilidades, hasta hace muy poco tiempo insospechadas, que es necesario aprovechar.

Esa potenciación de la publicidad legal mercantil, a través de la parcial modificación de los instrumentos legales de publicidad, debiera ir acompañada —y soy consciente de que expreso una opinión estrictamente personal— de una potenciación de la figura del Registrador Mercantil. También en 1989 se ampliaron las fronteras del Registro con la asunción de tres nuevas funciones, que no eran, en rigor, funciones registrales: la legalización de los libros obligatorios, el nombramiento de auditores y de expertos y el depósito de las cuantías anuales. Ese proceso de ampliación de funciones no puede acabar aquí. La futura Ley de Jurisdicción Voluntaria quizá debiera atribuir al Re-

gistrador Mercantil algunas de las funciones que hoy son competencia de la judicatura, como es la relativa a la convocatoria de las Juntas de Socios o de Accionistas. Pero, en todo caso, y al margen de ello, si se decidiera afrontar el tema de los convenios preconcursales, también podría acudir al Registrador Mercantil —como ya hiciera la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995— para atribuirle, bajo control judicial, el ejercicio de algunas funciones relacionadas con el fenómeno de la preinsolvencia.

III

LOS RIESGOS

Con estos medios personales y materiales contamos. Pero el futuro no depende sólo de nosotros y de todos aquellos que, con generosidad, acudan a nuestra llamada. En buena medida, el futuro del *Anuario* está en función del futuro de la Ley Concursal. ¿Con qué riesgos se enfrenta el *Anuario*? Con los mismos riesgos con que se enfrenta la Ley Concursal: el riesgo del grado de «funcionalidad» del Derecho Concursal, el riesgo de la aplicación del Derecho Concursal y el riesgo de la interpretación del Derecho Concursal.

1. Cuando hablamos de la «funcionalidad» del Derecho Concursal nos referimos a que el concurso de acreedores, tal como ha sido configurado por la Ley, aspira a cumplir adecuadamente en la práctica las dos funciones que son propias de la institución: la *función solutoria* (o de satisfacción de los acreedores) y la *función de represión* de aquellas conductas de los administradores de las sociedades mercantiles que, con dolo o, como será más frecuente, con negligencia grave, han sido causantes de la generación o del agravamiento del estado de insolvencia o han coadyuvado a esa causación o a ese agravamiento. Carecería de sentido esforzarse por construir una ciencia del Derecho Concursal si el concurso de acreedores continuase teniendo una vida por tantos conceptos tan miserable como tuvieron hasta hoy las quiebras y las suspensiones de pagos. El éxito del *Anuario* presupone, pues, el éxito de la Ley. Y el éxito de la Ley pasa por una doble prueba: hacer coincidir lo más posible la «tasa de concursalidad» con la «tasa de insolvencia», y hacer que sea cada vez superior el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, que son los destinatarios fundamentales de la normativa concursal.

Cuando comparamos el número de procedimientos concursales abiertos en España con el número de procedimientos concursales abiertos en Francia o en Alemania —y, no digamos, si la comparación es con California—, el resultado es desolador. El número de insolvencias declaradas en esos Estados es muy superior al número de insolvencias declaradas en España. Es evidente que las empresas españolas sólo excepcionalmente concursan. Mueren discre-

tamente, sin cumplir formalidad alguna, dejando sin posibilidades efectivas de actuación a los acreedores ordinarios. Tan sólo las acciones de responsabilidad contra los administradores intentan paliar, en alguna medida, lo insatisfactorio de la situación. ¿Podrá la Ley Concursal alterar al alza esta muy baja tasa de concursabilidad? Es esta la gran incógnita. Si la Ley está bien concebida, lo conseguirá; si está mal concebida, fracasará en el empeño. El tiempo —y sólo el tiempo— nos dará la respuesta.

2. El segundo riesgo es el relativo a la aplicación del Derecho, es decir, al modo en que se aplique la Ley por Jueces y Magistrados, al modo en que se esgrima por los abogados y al modo en que se utilice por los administradores concursales. El Gobierno y el Parlamento han adoptado las medidas necesarias para garantizar una buena aplicación de la Ley Concursal. Entre ellas destaca la creación de los Jueces de lo Mercantil. Pero esa medida no basta. No sólo es necesario ampliar el número de los Juzgados de lo Mercantil, sino que es necesario profundizar en los criterios de selección de los titulares de la potestad jurisdiccional: lo que podría admitirse para las primeras coberturas, urgidas por la necesidad, ya no lo es para las posteriores. Y, además, no basta con centrar la atención en los jueces; es preciso atender a la Oficina Judicial. ¿De qué nos sirve tener una Ley que articula un procedimiento ágil y rápido, de qué nos sirven unos Jueces preparados, si los oficiales —por citar un ejemplo— siguen demorando la entrega de los oficios y mandamientos, dilatando así el comienzo del plazo para recurrir el auto de declaración de concurso?

Pero el riesgo de aplicación de la Ley no es sólo de los profesionales llamados a aplicarla, sino de la mentalidad de unos y otros. Porque leyendo lo que se publica, y comprobando lo que se dice, nos percatamos de las dificultades que existen para *olvidar el Derecho que se deroga*. De este riesgo nos ha advertido, una u otra vez, el maestro MANUEL OLIVENCIA, protagonista indiscutido e indiscutible de la reforma concursal, a cuya sabiduría y perseverancia se debe, sin duda alguna, que haya llegado a buen fin. Y es que, en los momentos de ruptura legislativa, el viejo Derecho ronda siempre al jurista como fiera hambrienta con ánimo devorador. A veces las leyes mueren en los hombres mucho después de morir por pérdida de vigencia. Hay que distanciarse del Derecho que se deroga; hay que olvidarse del pasado. Cuando el cambio legislativo es el resultado de la evolución del Derecho anterior, el aplicador del Derecho tiene que conocer qué normas son reacción frente al Derecho o frente a la práctica precedentes, cuáles consolidan interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales y cuáles colman lagunas. Pero, cuando el cambio legislativo es radical —y en la materia que nos ocupa lo es (aunque, en concepciones básicas, sea mucho menos intenso que lo que tantas veces se proclama)—, el pasado es mal compañero. El Derecho viejo nos trae demasiados malos recuerdos: nos evoca la insuficiencia y la incoherencia normativas; nos evoca el arcaísmo de los textos

legales ante la incomprensible pasividad del legislador; nos evoca injustificados privilegios sustantivos y procesales; nos evoca la parcialidad de algunas de las más leídas obras generales; nos evoca una jurisprudencia extremadamente pobre y desorientada; nos evoca a unos profesionales especializados en las más turbias maniobras que Jueces y Magistrados no quisieron o no supieron evitar; y nos evoca, en fin, intereses personales elevados a la categoría del interés general. Ahora, cuando, tras denodados esfuerzos, se ha logrado enterrar ese viejo Derecho, es necesario exigir que ese nuevo Derecho se interprete desde sí mismo, y no desde el pasado.

3. En fin, el último riesgo es hace referencia al modo de interpretar la Ley. No estamos pensando ahora en la involución derivada de la inercia generada por el Derecho derogado. Estamos pensando en que, en la labor científica, en la labor exquisitamente intelectual, el hecho de ser una generación huérfana hace que algunos de los jóvenes concursalistas interpreten la Ley Concursal como si de la *Insolvenzordnung* alemana se tratara, y que pretendan encontrar en la normativa rastros de instituciones del Código de bancarrotas norteamericano, cuando, en realidad, nuestra Ley poco tiene que ver con esa Ordenanza y con ese Código. Interpretar el Derecho español desde el Derecho extranjero es, paradójicamente, la gran tentación en que no deben caer quienes, con vigorosas fuerzas, se enfrentan a la normativa. Hay que conocer lo que la Ley dice, y no imaginar lo que hubiera debido decir. Hay que interpretar el Derecho positivo, y no considerar que éste es una mera «sombra» de una «idea» más pura, que vive allende nuestras fronteras. Para construir la ciencia del Derecho Concursal español, los jóvenes juristas no pueden sentirse atados en la caverna platónica y condenados a ver las fantasmagóricas sombras de la esencia de la concursalidad.

4. Si conseguimos que la Ley Concursal cumpla las funciones a las que sirve, si conseguimos aplicarla adecuadamente y si nos esforzamos por extraer de ella las potencialidades que contiene, habremos conseguido lo esencial. El *Anuario* sólo albergará las construcciones que potencien la consecución de esa doble función; sólo albergará las interpretaciones que no estén ancladas por el Derecho extinto; y sólo albergará las interpretaciones que estén elaboradas sobre la base de las normas legales vigentes en España, y no sobre la base de las normas legales vigentes fuera de ella, aunque sean mejores.

IV

POLÍTICA Y LEGISLACIÓN CONCURSAL

El Ministro de Justicia y altos responsables de ese Ministerio han querido estar presentes en este acto para alentarnos en la labor que hemos asumido.

Gracias, muchas gracias. Sabemos que no se trata del apoyo institucional a esta publicación periódica que ahora presentamos. Se trata del apoyo institucional a un propósito, el que perseguimos los responsables del *Anuario*: contribuir al progreso de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina en materia concursal.

1. En esta presencia queremos ver el compromiso del Ministro y del Ministerio en tres tareas tan necesarias como urgentes: la tarea de defender la reforma; la tarea de completar la reforma; y la tarea de perfeccionar la reforma.

¿Qué pedimos al Ministro de Justicia los juristas del *Anuario*? ¿Qué pedimos a los responsables políticos?

1.1. Pedimos, en primer lugar, que se defienda la Ley Concursal. Y pronuncia estas palabras quien, a pesar de haber formado parte de la Sección redactora, ha sido uno de los más notorios impugnantes del Anteproyecto de Ley; quien solicitó en su día al entonces Ministro de Justicia —haciendo uso de la *auctoritas* derivada de mi condición de antiguo Catedrático suyo en la Universidad de Salamanca— que no convirtiera ese Anteproyecto en Proyecto, y, teniendo posibilidad de frenar ese tránsito, comprendió, sin embargo, las razones que se expusieron para no atender esa solicitud; y quien se esforzó, aunque con escaso éxito, para que ese Proyecto de Ley se mejorara sustancialmente durante la tramitación parlamentaria. Pero la época de la crítica, la época de la oposición a los textos prelegislativos, ha pasado. Con la promulgación de la Ley se ha abierto una nueva fase. Sería absolutamente ciego quien no reconociera que con esa Ley el Derecho Concursal ha dado un paso de gigante, y ha entrado, con dignidad, en el siglo XXL. Podemos discrepar de esta o de aquella otra opción de política legislativa; podemos denunciar que algunas concepciones arcaicas —o arcaizantes— han logrado abrirse paso en el articulado de la Ley; podemos tener reservas sobre las soluciones concretas que se han dado a algunos de los problemas de mayor trascendencia práctica; y podemos lamentar lagunas, contradicciones e incoherencias. Pero la tarea inmediata es defender la Ley, contribuir a la buena aplicación de ella y, desde la doctrina que sepamos generar, contribuir a potenciar lo mucho —muchísimo— de bueno que contiene, y a minimizar los defectos que igualmente presenta. ¿Por qué pedimos al Ministro de Justicia que defienda la Ley Concursal? Formulamos esta petición porque la Ley Concursal ha comenzado ya a ser modificada —mejor diría, a ser desvirtuada—, como consecuencia sea de la incompreensión de algunos de los principios fundamentales en que se asienta, sea del egoísmo de quienes siguen pugnando por mantener privilegios legales que la Ley ha suprimido o que la Ley ha reducido. Lo acontecido con la promulgación de la Ley General Tributaria no puede repetirse. No es admisible, en efecto, que cuando la Ley Concursal determina, con claridad y precisión, la posición jerárquica de los créditos públicos en el conjunto de la

masa pasiva, una Ley inmediata posterior —que entró en vigor, además, antes de que lo hiciera la Ley Concursal— trate de desvirtuar lo que, con tanto esfuerzo entre todos se ha conseguido. El Ministerio de Justicia tiene que ser «centinela» de aquellas otras iniciativas legislativas que, por una u otra causa, amenazan con la ruina del edificio concursal, con beneficio de pocos y con perjuicio de muchos.

1.2. Pedimos, en segundo lugar, que la reforma se complete. Ya se ha dictado el primer Real Decreto de desarrollo, el relativo al arancel de los administradores concursales, que deberá ir adecuándose según lo que la experiencia aconseje; y debería enviarse cuanto antes a las páginas del Boletín Oficial del Estado el Real Decreto sobre el Registro de resoluciones concursales. Pero hay otras importantes tareas pendientes, que ni siquiera han comenzado a ser preparadas.

Nos referimos a la coordinación entre el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por las deudas sociales en caso de infracción de los deberes legales en orden a la disolución oportuna de la sociedad —el muy polémico art. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y su derivado art. 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— y el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores en caso de concurso de la sociedad. No tiene sentido —en modo alguno lo tiene— que la responsabilidad en caso de insolvencia sea potencialmente menos grave que la responsabilidad en caso de existencia de pérdidas graves del capital social. Estas incoherencias legislativas perjudican el crédito del Derecho y no deben subsistir en el tiempo.

Y nos referimos también a la necesidad de extender a las ejecuciones individuales el sistema de prelación de créditos que ahora contiene la legislación concursal. En este sentido, somos muchos los que consideramos un importante error de política legislativa la preparación de una Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, como exige una de las disposiciones finales de la Ley Concursal, si lo que se pretende con esa Ley reguladora es crear un sistema alternativo. No tiene sentido que en el seno de un mismo Derecho coexistan dos sistemas de prelación de créditos, ya que esa duplicidad, con toda seguridad, dará lugar a comportamientos estratégicos de los acreedores, positivos o negativos, a favor o en contra del concurso, según la posición que ocupen en cada uno de esos sistemas. Si no gusta el sistema de prelación contenido en la Ley Concursal, modifíquese; si se considera insuficiente, complétese; si se juzga sistemáticamente mal ubicado, llévase al Código Civil. Pero manténgase la unidad y —si se me permite la expresión— manténgase la coherencia del Ordenamiento Jurídico.

Pero, entre esas tareas pendientes, hay una que consideramos extraordinariamente importante, la más importante de todas. Sobre esa tarea llamó la

atención en este mismo foro hace más de dos años el Registrador Mercantil y excelente jurista LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO. Sobre esa tarea también queremos nosotros llamar ahora la atención. Nos referimos a la *Ley sobre la prevención de la insolvencia*. Muy importante ha sido conseguir la Ley Concursal; pero también importante, muy importante, es conseguir una Ley que trate de evitar el mayor número posible de concursos de acreedores; que introduzca, aquí y allá, a lo largo y a lo ancho del Ordenamiento Jurídico, mecanismos de prevención, instrumentos técnicos de detección de las dificultades económicas y financieras de las sociedades mercantiles; que regule, con garantías, convenios preventivos, especialmente entre el deudor y las entidades de crédito, convirtiendo en Ley aquellas normas de autoregulación que en otros ámbitos europeos ha tenido buenos resultados, y que aquí —y no señalemos a los culpables— no se han querido o no se han sabido poner en práctica, quizá por las dificultades y los riesgos que esos convenios comportan en caso de posterior declaración judicial de insolvencia del deudor común. Sin duda alguna, esa Ley preventiva es muy difícil de hacer. Para que sea eficaz habrá que superar muchas resistencias, porque supone modificar el modo de actuar de muchos profesionales económicos y jurídicos —comenzando por el modo de actuar de los auditores de cuentas—. Pero esa Ley de prevención de la insolvencia es el complemento necesario de la Ley Concursal.

Ya que nos preside un experto en Derecho constitucional, citemos a MONTESQUIEU. En el Libro V de *El espíritu de las Leyes*, Charles-Louis de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu, escribía: «No se debe hacer por medio de Leyes lo que se puede hacer por medio de usos»; y, más adelante, añadía: «Las Leyes inútiles debilitan a las necesarias». Con mejor prosa, lo había dicho antes FRANCISCO DE QUEVEDO: «Así como, aplicados muchos remedios juntos, no son medicina, sino enfermedad, así las Leyes, siendo la salud de la República, son su mayor daño cuando se multiplican, porque no menos vive trabajosa con las muchas Leyes que con los muchos vicios». En la Comisión General de Codificación tenemos bien presente esta máxima fundamental, esta admonición para la tarea prelegislativa. Por esta razón, al pedir que la reforma se complete, los miembros del *Anuario* sólo pedimos que se afronten, y sin demora, aquellas medidas legislativas que resultan estricta y rigurosamente necesarias, y no otras.

1.3. Pedimos, en tercer lugar, que la reforma se perfeccione. Nos hubiera gustado que la Ley Concursal contuviera una disposición adicional como aquella que aparece en el Código Civil, una disposición que impone a los órganos de la Administración de Justicia elaborar una memoria anual en la que señalar «las deficiencias y dudas que hayan encontrado» al aplicar el Código. Ciertamente esa norma legal no ha tenido aplicación. Pero es expresión de la modestia del legislador y sobre todo es expresión de su inteligencia. Ninguna Ley es perfecta, todas las Leyes tienen que perfeccionarse. La Ley

Concursal no es perfecta. La Ley Concursal tiene que perfeccionarse. La reforma, incierta en el *quando*, no lo es en el *an*. En los setenta y cinco días de vigencia de la Ley Concursal se han evidenciado ya algunos problemas importantes, que tienen —y que deben— ser resueltos mediante normas legales. En distintas ocasiones he manifestado en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que tan importante como hacer nuevas Leyes es ir perfeccionando las Leyes vigentes. Se trata de una tarea ingrata; se trata de una tarea humilde; pero se trata de una tarea que debiera ser primordial.

2. Esta triple petición que por mi boca formulan los privatistas y los procesalistas del *Anuario de Derecho Concursal* comporta obviamente muchas dificultades. Si las formulamos es por considerar que debemos hacerlo. Tomamos prestadas palabras también de don FRANCISCO DE QUEVEDO: piensa, Ministro, en lo que debes hacer, y no en las dificultades del camino que hay que recorrer; porque «el ánimo que piensa en lo que puede temer, empieza a temer ya lo que empieza a pensar». Por supuesto, a la prudencia política corresponde determinar el momento para afrontar esas tareas. «Conoce el tiempo», escribía igualmente FRANCISCO DE QUEVEDO. Nosotros pensamos que ese tiempo es ahora.

V

PALABRAS FINALES

Los creadores y quienes hacen posible el *Anuario* formulan pública y solemnemente el compromiso de contribuir a esa tarea colectiva —abierta a todos— que es la creación de la ciencia del Derecho Concursal; y también formulan pública y solemnemente el compromiso de defender la legislación concursal y, si son llamados a ello, de participar, desde nuestra irrenunciable independencia, en la tarea de completarla y perfeccionarla. La disponibilidad es plena, total, absoluta, como siempre la hemos tenido cuando se nos ha llamado para el progreso del Ordenamiento Jurídico. En nosotros encontrará el responsable político, cualquiera que sea su signo, personas que siempre dirán la verdad, sea grata o ingrata; personas que tratarán de servir a la justicia, al margen de la presión de los poderosos, cualquiera que sea la fuente del poder; y personas esencial y radicalmente libres. Y es que los civilistas, los mercantilistas y los procesalistas que participamos en esta tarea estamos animados por una comunidad de valores de la que hemos querido dejar constancia en las páginas que sirven de *Presentación* del *Anuario*, unos valores que son esencialmente los valores que hemos aprendido en la Universidad y que queremos seguir aprendiendo de ella.

Séame permitida una cita. En 1926, recordando los años pasados en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, RAMÓN PÉREZ DE AYALA escribía:

«Lo indudable es que en aquellas aulas, familiares y doctas, unos maestros, amables y bien abastecidos de ciencia, incubaban no ya la inteligencia, sino, lo que es más esencial todavía, el carácter de los alumnos. De la Universidad (...) fueron desgajándose a la vida civil española, año tras año, promociones de verdaderos hombres (...) [que] se desparramaron por toda España para servir con honradez al Estado y a contaminar a sus compatriotas de las tres humanas pasiones, las más altas y más nobles, de que ellos antes habían sido contaminados en el claustro (...): la pasión por la verdad, la pasión por la justicia, la pasión por la libertad».

Esas tres pasiones siguen siendo las nuestras:

«(...) el Anuario de Derecho Concursal —se lee en esa *Presentación*— proclama como valores supremos en los que se inspira la verdad, la justicia y la libertad. Algunos dirán que son valores de imprecisos perfiles; otros que demasiados genéricos. No faltarán incluso quienes consideren que esos valores poco o casi nada tienen que ver con, a la postre, muy modesta tarea que nos proponemos llevar a adelante. Se equivocan: la verdad no es sino la siempre inaccesible meta que tiene que perseguirse en cualquier cuerpo de la ciencia, la justicia siempre está en entredicho en aquellos ámbitos en los que los intereses son opuestos y están tan enfrentados; y la libertad es el clima indispensable sin el que nada de valor puede conseguirse ni en la vida ni en el pensamiento».

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ y
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO

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 2-9-2004
(*BOE* 4-11-2004)
Registro de la Propiedad

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO POR RECTIFICACIÓN DEL NEGOCIO QUE MOTIVÓ LA INSCRIPCIÓN.

Inscrita una finca, por título de compra, a favor de una persona física que obró en su propio nombre y derecho, garantizándose el precio aplazado con hipoteca a favor del vendedor y constituida luego otra hipoteca a favor de una entidad crediticia, no cabe pretender ahora que mediante un título en el que sólo interviene el titular registral y una persona que acredita ser mandante del comprador —lo que envuelve un negocio fiduciario— se transfiera la titularidad formal al mandante para dar operatividad a tal negocio fiduciario, pues ello implica una rectificación registral por vía de rectificación del negocio ya inscrito, lo que exige consentimiento de todos los que en él intervinieron.

Resolución de 3-9-2004
(*BOE* 4-11-2004)
Registro de la Propiedad

COMPRAVENTA. EQUIDISTRIBUCIÓN. RECTIFICACIÓN.

No es posible inscribir, por vía de rectificación, una escritura de compraventa sobre la base de que la parcela vendida, incluida en una Unidad de Actuación, ha aumentado su cabida al dejar de existir un vial (que discurría por uno de sus linderos) y haber quedado parte de la superficie de éste incorporada a la finca transmitida, pues si dicha zona, cuya inscripción en parte se pretende, se aportó a la unidad de actuación para formar un vial, es ahora propiedad municipal, siendo el Ayuntamiento quien tiene poder dispositivo

sobre la misma y su enajenación, por lo tanto, debe regirse por las correspondientes normas administrativas.

Resolución de 8-9-2004
(BOE 4-11-2004)
Registro de la Propiedad

OBRA NUEVA. INNECESARIEDAD DE ACREDITAR QUE EL TÉCNICO CERTIFICANTE SEA ALGUNO DE LOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 50 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.

Es de la exclusiva responsabilidad del técnico certificante la veracidad de sus manifestaciones, por lo que no procede exigir que se justifique que el mismo sea uno de los técnicos a que se refiere el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuando en la certificación por él expedida declara que es el técnico director de las obras, y se ha acreditado el otorgamiento de la pertinente licencia y la expedición de dicha certificación relativa a que la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia.

Resolución de 9-9-2004
(BOE 4-11-2004)
Registro de la Propiedad

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERRELLA. TRACTO SUCESIVO.

No puede practicarse tal anotación al estar inscrita la finca a nombre de personas distintas de los querellados por exigencias del tracto sucesivo. Además, no se ha acreditado que junto con la acción penal se haya ejercitado la acción civil con trascendencia real inmobiliaria para que la querrella interpuesta pueda acceder al Registro.

Resolución de 14-9-2004
(BOE 4-11-2004)
Registro de la Propiedad

REPRESENTACIÓN. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. SU CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA, COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RECURSO GUBERNATIVO POR PARTE DE LA DGRN.

Reinterpretando de manera diferente la Resolución de 12-4-2002, sobre representación voluntaria, además, aquí se trata de una representación legal, entiende 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; no pudiendo acudir, además, a ningún medio extrínseco de calificación (¿piénsese en la consulta al Flei?).

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 (obviando la DGRN que las normas reguladoras del recurso gubernativo recogen como preceptivo y obligatorio dicho informe).

Encontrándose la finca a que se refiere la partición hereditaria situada en la Comunidad Autónoma de Andalucía y no perteneciendo el Registro del que es titular el Registrador calificador a la de Cataluña, es competente la DGRN para conocer del recurso.

Representado el incapaz en la partición por su tutor legal, no es necesario el nombramiento de un defensor judicial a aquél ni aprobación judicial de la partición pues, en el presente caso, no existe conflicto de intereses, al ser el bien ganancial, liquidarse la sociedad de gananciales, aceptarse la herencia a beneficio de inventario y adjudicarse la viuda el usufructo viudal en una proporción determinada y el resto de los hijos, incluido el incapaz, la plena propiedad de unas cuotas, por iguales partes. Además, a mayor abundamiento, el Código de Familia de Cataluña considera que no es necesaria la aprobación judicial cuando la partición se efectúa a beneficio de inventario.

Resoluciones de 15, 17, 20, 21, 22-9-2004

(BOE 4-11-2004)

Registro de la Propiedad

PODER. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. SU CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA, COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RECURSO GUBERNATIVO POR PARTE DE LA DGRN.

Reiteran el criterio de la DG establecido en la Resolución previamente comentada de 14-9-2004 en materia de poderes.

Reinterpretando de manera diferente la Resolución de 12-4-2002, sobre representación voluntaria, entiende 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; no pudiendo acudir, además, a ningún medio extrínseco de calificación. (¿piénsese en la consulta al Flei?).

A juicio siempre del Centro Directivo, es la nota de calificación el momento procedimental del Registrador único e idóneo para exponer todos y cada

uno de los argumentos jurídicos que fundamentan la decisión, sin que sea el informe en defensa de la nota el acto adecuado para ello, el cual deba reducirse a cuestiones de mero trámite, (obviando la DGRN que las normas reguladoras del recurso gubernativo recogen como preceptivo y obligatorio dicho informe).

Resolución de 16-9-2004
(BOE 23-11-2004)
Registro de la Propiedad

HIPOTECA. SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO AL AMPARO DE LA LEY 2/94, DE 30 DE ENERO. RESGUARDO DE LA ORDEN DE TRANSFERENCIA PROTOCOLIZADA SIN IMPRESIÓN MECÁNICA.

El momento procedimental único e idóneo en el que el Registrador ha de exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos, fundamento de su decisión, es la nota de calificación, debiendo reducirse el informe a cuestiones de mero trámite (fecha de retirada del título, fecha de calificación y de notificación de ésta...).

Basta la manifestación del representante de la nueva entidad acreedora realizada ante el Notario de que la misma ha pagado a la primitiva entidad, incorporando el resguardo de la operación bancaria realizado con finalidad solutoria, si el mismo cuenta con elementos suficientes a efectos de dicha finalidad, aunque no contenga impresión mecánica.

Resolución de 4-10-2004
(BOE 6-12-2004)
Registro de la Propiedad de Peñaranda de Bracamonte

EXPEDIENTE DE DOMINIO. PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

Es necesario expresar en la nota de calificación los recursos que caben contra la misma.

De la integración de los documentos, objeto de calificación, se infiere que lo pretendido en el expediente es la reanudación del tracto sucesivo de determinadas participaciones indivisas de una finca y la cancelación de sus correspondientes inscripciones contradictorias.

Resoluciones de 5-10 y 3-11-2004
(BOE 11 y 28-12-2004)
Registro de la Propiedad de Torre vieja, número 2

INMATRICULACIÓN.

No cabe inmatricular una finca si no se aporta, junto con el título inmatriculador, certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción de aquélla en dicho título, cualquiera que sea

esa finca y también su titular o medio de inmatriculación empleado de los previstos en el artículo 199 LH; lo que es aplicable, igualmente, cuando el bien es una parcela sobrante de vía pública y, en cuanto tal, bien patrimonial.

No se puede inmatricular tal parcela sobrante porque su superficie figura inscrita como exceso de cabida de una finca colindante que es propiedad de un tercero, sin que se haya planteado duda sobre la referida coincidencia, que no ha sido discutida, por lo que, en principio, no estamos ante una doble inmatriculación, sino ante la no rectificación, en su caso, del Registro conforme al artículo 40.d) de la LH. Mientras ello suceda, procede denegar la inscripción por exigencia del principio del tracto sucesivo.

Resolución de 6-10-2004

(BOE 6-12-2004)

Registro de la Propiedad de Tafalla, número 2

RECURSO GUBERNATIVO. CALIFICACIÓN ALTERNATIVA. EXTEMPORANEIDAD. ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE QUIEN LO INTERPONGA EN NOMBRE DEL LEGITIMADOR PARA RECURRIR. OBRA NUEVA.

La facultad de solicitar una calificación por el Registrador sustituto se asemeja a una reposición previa que conlleva efectos suspensivos de los plazos propios de la interposición del recurso y ello a pesar de la improcedencia de la admisión de la solicitud de la calificación sustitutoria.

El defecto o falta de representación de quien interpone el recurso en nombre del legitimado para ello, no supone la inadmisión del recurso, sino que exige dar al interesado un plazo de diez días para subsanar tal deficiencia, correspondiendo al Registrador, y no a la Dirección General, requerir al efecto a dichos interesados.

La Resolución del Alcalde-Presidente correspondiente concediendo licencia de obra nueva cumple con las exigencias de las normas urbanísticas y registrales a los fines para los que se exige, puesto que se ha acreditado el acto de concesión de licencia, sin que se precise la firma del Secretario del Ayuntamiento, pues tal concesión es un acto administrativo distinto de la comunicación del mismo.

Resolución de 7-10-2004

(BOE 6-12-2004)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 8

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. TRACTO SUCESIVO. DOCUMENTO PRIVADO. QUE NO HA ACCEDIDO AL REGISTRO, ENCONTRÁNDOSE LA FINCA EMBARGADA A NOMBRE DEL VENDEDOR, QUIEN CONSIENTE EN EL EMBARGO DIRIGIDO CONTRA LA COMPRADORA.

Inscrita una finca a nombre de persona distinta de aquella contra la que se sigue el procedimiento, y habiendo prestado consentimiento quien figura como titular registral de la misma por haberla vendido en su día a uno de los deudores demandados, lo procedente es practicar anotación preventiva de

suspensión de la de embargo e instar la inscripción en legal forma del contrato que no ha accedido aún al Registro.

Resolución de 8-10-2004
(BOE 6-12-2004)
Registro de la Propiedad de Baracaldo

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO POR ERROR DEL TÍTULO. NEGATIVA DEL REGISTRADOR A EXTENDER ASIENTO DE PRESENTACIÓN DE UNA INSTANCIA EN QUE SE INTERESA LA RECTIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA RECTIFICAR EL ASIEN-TO YA PRACTICADO.

Practicado un asiento, no es el recurso gubernativo la vía adecuada para lograr su rectificación. Contra la negativa del Registrador a extender asiento de presentación o a calificar, lo procedente es el recurso de queja y no el recurso gubernativo.

Resolución de 11-10-2004
(BOE 6-12-2004)
Registro de la Propiedad de Quintanar de la Orden

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 13-10-2004
(BOE 4-12-2004)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

DISOLUCIÓN. LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LOS ADJUDICATARIOS A LAS ADJUDICACIONES REALIZADAS A SU FAVOR.

Otorgada unilateralmente una escritura de adjudicación de inmuebles por el liquidador de una sociedad como consecuencia de la disolución y liquidación de la misma, es necesario el consentimiento expreso de los adjudicatarios a las adjudicaciones a su favor realizadas, bien prestándolo directamente ellos

o mediante apoderado con facultades suficientes, y respetando la forma pública para tal acto.

Resoluciones de 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22-10-2004

(BOE 6, 4-12-2004)

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3

PODER. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. SU CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RECURSO GUBERNATIVO POR PARTE DE LA DGRN.

Reiteran el criterio de la DG establecido en la Resolución de 14-9-2004 (en este Boletín, pág. ...) en materia de poderes.

Reinterpretando de manera diferente la Resolución de 12-4-2002, sobre representación voluntaria, entiende la DGRN que el Registrador debe 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 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 aquéllas; no pudiendo acudir, además, a ningún medio extrínseco de calificación (¿piénsese en la consulta al Flei?).

A juicio siempre del Centro Directivo, es la nota de calificación del Registrador el momento procedimental único e idóneo para exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos que fundamentan su decisión, sin que sea el informe en defensa de la nota el acto adecuado para ello, el cual deba reducirse a cuestiones de mero trámite (obsérvese, sin embargo, que el art. 327 del RH recoge como preceptivo y obligatorio dicho informe y, además, alude, «en su caso, a las alegaciones del Notario»).

Resolución de 26-10-2004

(BOE 28-12-2004)

Registro de la Propiedad de Villena

ENFITEUSIS. INMATRICULACIÓN. TÍTULO Y MODO. AGRUPACIÓN Y VENTA.

En el ámbito del Derecho Común y aunque la legislación catalana disponga otra cosa, en la enfiteusis el verdadero dueño es el dueño directo, pudiendo el mismo realizar actos dispositivos, por lo que, aunque sólo conste inscrito el dominio directo, su titular puede agrupar fincas.

No cabe inmatricular el dominio útil, si no se aporta título alguno que acredite la adquisición por su titular.

Acreditada la colindancia de las fincas agrupadas por certificado técnico, complementario del catastral descriptivo y gráfico, no hay obstáculo que

impida la agrupación, sin perjuicio de posterior actualización de la certificación catastral.

No cabe la inmatriculación cuando la finca cuya inmatriculación se pretende, no se agrupa con las demás que forman la finca catastral, al faltar la identidad exigida por el artículo 298 RH. De ahí que no puedan inscribirse la obra nueva y venta posteriores.

Resolución de 27-10-2004

(BOE 28-12-2004)

Registro de la Propiedad de Alora

FIDEICOMISO DE RESIDUO. IMPLICA LA SUSTITUCIÓN VULGAR TÁCITA.

Es una auténtica sustitución fideicomisaria, por lo que implica también (en su caso) la vulgar tácita.

Resolución de 28-10-2004

(BOE 28-12-2004)

Registro de la Propiedad de San Cugat del Valles

OBRA NUEVA. TERMINACIÓN. SEGURO DECENAL. VIVIENDA UNIFAMILIAR.

No es exigible el seguro decenal de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, cuando estamos ante una vivienda unifamiliar, construida en régimen de autopromoción por una sociedad, y en la que concurre la manifestación de que va a ser destinada a uso propio, manifestación que deberá reflejarse en el asiento correspondiente a efectos de terceros adquirentes y sin que pueda exigirse por el Registrador, cuando se trata de persona jurídica, que tenga en ella su domicilio social.

El concepto de vivienda destinada a uso propio implica toda aquella que tienda a este uso por parte del autopromotor, siendo indiferente que se trate de una primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal.

Resolución de 29-10-2004

(BOE 28-12-2004)

Registro de la Propiedad de Utrera, número 1

TRACTO SUCESIVO. ADJUDICACIÓN DERIVADA DE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PRACTICADA SOBRE LA TOTALIDAD DE UNA FINCA, CUANDO EL DEMANDADO SÓLO ERA TITULAR DE UNA MITAD INDIVISA DE LA MISMA.

Inscrita una finca, a nombre de dos personas solteras, por mitades indivisas, y practicada indebidamente una anotación de embargo sobre la totalidad de la misma aunque el procedimiento, tan sólo, se dirigió contra una de ellas con notificación a la otra, es inscribible el testimonio del auto de adjudicación

respecto de la mitad indivisa de la que era titular el demandado, pero procediendo la denegación en cuanto a la otra mitad porque, además de no ser constitutiva la anotación de embargo, la anotación incorrectamente practicada no puede desvirtuar el principio de legitimación registral, ya que el mismo ampara, en este caso, al tercero distinto del ejecutado y que no ha sido parte demandada.

Resolución de 2-11-2004
(BOE 24-12-2004)
Registro de la Propiedad de Casas Ibáñez

SEGREGACIÓN. LICENCIA. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

En el supuesto de segregación o división de finca rústica, la definición de su extensión superficial es competencia exclusiva de la legislación agraria aplicable, sin perjuicio de que la facultad edificatoria en ese tipo de suelo venga contemplada en las normas subsidiarias municipales correspondientes, siendo incompetentes los Ayuntamientos para la adopción de medidas afectantes a la extensión de fincas rústicas, cuya competencia viene atribuida a las Comunidades Autónomas.

Concedida la licencia de edificación para una finalidad estrictamente agraria (construcción de nave agrícola), no es posible incluir el supuesto de hecho dentro de la excepción prevista en el artículo 25.b) de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

Resolución de 4-11-2004
(BOE 28-12-2004)
Registro de la Propiedad de Murcia, número 7

PROPIEDAD HORIZONTAL. TRACTO SUCESIVO. SERVIDUMBRE CONSTITUIDA POR EL PROPIETARIO ÚNICO DEL EDIFICIO, QUE ACCEDE AL REGISTRO UNA VEZ INSCRITAS ESCRITURAS DE VENTA DE DEPARTAMENTOS PRIVATIVOS. MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. SUPRESIÓN POSTERIOR DE UNA PLAZA DE GARAJE ANEJA A VIVIENDA, EXISTIENDO VENTAS INSCRITAS.

El principio de tracto sucesivo impide la inscripción de una servidumbre constituida por el propietario único del edificio en régimen de propiedad horizontal, pero que accede al Registro cuando constan ya inscritas ventas de distintos departamentos privativos.

La supresión de una *plaza* de garaje aneja a una vivienda que aparecía descrita en la escritura de obra nueva y división horizontal, supone modificación del título constitutivo, y requiere, para su constancia registral, que haya sido «otorgada» por todos los que en el momento de solicitarse la inscripción constan como propietarios de los distintos departamentos privativos.

Resolución de 5-11-2004

(BOE24-12-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25

TRACTO SUCESIVO. SU REANUDACIÓN MEDIANTE EXPEDIENTE DE DOMINIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES: SE EXTIENDE A LA CONGRUENCIA DEL MANDATO JUDICIAL CON EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO.

No es posible reanudar el tracto sucesivo por medio de expediente de dominio cuando los propietarios actuales son herederos del titular registral, al no estar interrumpido propiamente el tracto.

Este tipo de expediente tiene carácter excepcional y supletorio.

Es calificable la congruencia de la resolución judicial con el procedimiento seguido.

Resolución de 8-11-2004

(BOE 28-12-2004)

Registro de la Propiedad de Santoña

CESIÓN A CAMBIO DE ALIMENTOS («VITALICIO»). AUTOCONTRATACIÓN.

El contrato celebrado forma parte de la categoría de aquéllos que se clasifican como onerosos sin que, por el hecho de la proximidad entre la celebración del contrato y el fallecimiento de la poderdante, pueda el Registrador presumir la existencia de una donación.

Resolución de 10-11-2004

(BOE24-12-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20

CALIFICACIÓN. ESTRUCTURA DE LA NOTA.

En los hechos de la nota de calificación ha de incluirse el día de la presentación, el medio, el número del asiento de presentación y el Diario.

Está interpuesto dentro de plazo el recurso, pues se presentó en tiempo ante otro Registrador distinto del que calificó, siendo la remisión de aquel Registrador a la Dirección General —no precisamente al que extendió la nota— el motivo que dio lugar a que su entrada se produjese extemporáneamente ante el Registro en el que se extendió la calificación.

Resolución de 12-11-2004

(BOE28-12-2004)

Registro de la Propiedad de Xátiva

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD.

No cabe cancelar una anotación preventiva de embargo que se prorrogó antes de la entrada en vigor de la reforma del artículo 86 de la Ley Hipóte-

caria por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, en el presente caso, también se aplica a las anotaciones de origen administrativo la doctrina establecida respecto de las anotaciones judiciales de que subsistirán hasta pasados seis meses contados desde la resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento (en este caso, el auto aprobatorio del remate, una vez consignado el precio correspondiente por el adjudicatario). En todo caso, lo que no cabe es la cancelación de una anotación prorrogada antes de enero de 2000, cuando aún no han transcurrido cuatro años desde la vigencia de la norma que expresamente contempla la posibilidad de prórrogas ulteriores.

No aborda el Centro Directivo si caducan o no las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de las cuales hayan transcurrido cuatro años desde dicha entrada en vigor sin haber sido objeto de nueva prórroga.

Resolución de 16-11-2004

(BOE 31-12-2004)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3

SEGREGACIÓN. QUE NO ACCEDIÓ AL REGISTRO. TRACTO SUCESIVO.

Inscrito un título que atribuye la totalidad de la superficie de una finca matriz a persona distinta de la sociedad que segregó previamente de la misma una parcela que fue objeto de venta —segregación y venta que no accedieron en su día al Registro— no es posible ahora la inscripción de tales actos, pues el principio de prioridad implica que, en el presente caso, la preferencia juegue con carácter excluyente, al ser incompatibles los derechos, por mucho que se alegue que en la escritura de venta de la total superficie de la finca matriz se manifestó que la cabida originaria de la misma resultaba ser menor, según reciente medición, pues tal discordancia debió explicarse en su día en tal escritura.

Resolución de 17-11-2004

(BOE 31-12-2004)

Registro de la Propiedad de Baracaldo

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. NULIDAD DE CIERTA INSCRIPCIÓN.

No cabe cancelar un asiento del Registro sin que exista consentimiento del titular registral, o en su defecto, resolución judicial, fuera de los casos establecidos en la ley.

No es susceptible de inscripción un documento privado por el hecho de haber sido admitido en un procedimiento judicial, pues ello no implica la elevación a público del mismo.

Resolución de 18-11-2004

(BOE 31-12-2004)

Registro de la Propiedad de Lora del Río

CADUCIDAD. TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN PRESENTADO UNA VEZ CADUCADA LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO DERIVADA DE LA

EJECUCIÓN. IMPROCEDENCIA DE LA CANCELACIÓN DE LAS CARGAS POSTERIORES.

Caducada una anotación preventiva de embargo, con independencia de que haya sido o no formalmente cancelada, no pueden cancelarse las cargas posteriores decretadas en el auto de adjudicación, pues el testimonio de dicho auto se presentó una vez producida la caducidad de dicha anotación, y ello con independencia de la preferencia sustantiva de los respectivos derechos, que no puede verse alterada por la no cancelación de asientos posteriores.

La situación del embargo con anotación caducada es similar a la del embargo no anotado, que es eficaz y puede ejecutarse, aunque se encuentre con más dificultades para cancelar, en su caso, las cargas posteriores.

Registro Mercantil

Resolución de 13-9-2004
(BOE 4-11-2004)
Registro Mercantil

DENOMINACIÓN. CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN.

Cuando el Notario obtiene del Registro Mercantil Central por medios telemáticos una certificación electrónica de denominación que deja unida a la matriz, basta que dé fe de que el soporte papel incorporado es el traslado fehaciente del electrónico y que reproduce en la copia autorizada de la escritura.

El Registrador Provincial limita su calificación a que, efectivamente, esté incorporada a la escritura por el medio que sea y que, por su contenido, se trata de una certificación.

Reitera anteriores resoluciones en el sentido de que en el informe no se pueden incluir nuevos argumentos en defensa de la nota de calificación sino que su contenido debe reducirse a cuestiones de mero trámite.

Resolución de 29-9-2004
(BOE 16-11-2004)
Registro Mercantil

DEPÓSITO DE CUENTAS. MODELOS NORMALIZADOS.

Las cuentas anuales deben presentarse en los modelos aprobados por la OM de 14 de enero de 1994 para permitir el almacenamiento y lectura de su contenido por procedimientos informáticos. Por ello, dichos modelos normalizados se facilitan en los propios Registros Mercantiles.

Resolución de 1-10-2004
(BOE 6-12-2004)
Registro Mercantil de Madrid, número IV

REDUCCIÓN DE CAPITAL. PUBLICACIÓN DEL ACUERDO.

La exigencia de publicación que establece el artículo 165 LSA es aplicable a todo supuesto de reducción de capital, aunque la junta sea universal y esté legalmente excluido el derecho de oposición de los acreedores.

Resolución de 25-10-2004
(BOE 28-12-2004)
Registro Mercantil de Barcelona, número VII

OBJETO SOCIAL.

La expresión «Compraventa al por mayor y detall... respecto de toda clase de artículos de consumo y materias primas» no es admisible, pues permite abarcar prácticamente cualquier actividad mercantil y la trascendencia del objeto social exige la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integran.

Resolución de 11-11-2004
(BOE 24-12-2004)
Registro Mercantil de Barcelona, número XIV

DENOMINACIÓN. CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA.

Reitera la Resolución de 13-9-2004. Cuando el Notario obtiene del Registro Mercantil Central por medios telemáticos una certificación electrónica de denominación que deja unida a la matriz, basta que dé fe de que el soporte papel incorporado es el traslado fehaciente del electrónico y que reproduce en la copia autorizada de la escritura.

El Registrador Provincial limita su calificación a que, efectivamente, esté incorporada a la escritura por el medio que sea y que, por su contenido, se trata de una certificación.

Resolución de 15-11-2004
(BOE 24-12-2004)
Registro Mercantil de Madrid, número XV

ANOTACIÓN DE QUERRELLA.

No puede practicarse en el Registro Mercantil anotación preventiva de una querrela criminal interpuesta contra los administradores por un delito de apropiación indebida. Sólo cabrían aquéllas por delitos, como los de falsedad documental, que puedan motivar la modificación de acuerdos sociales inscritos.

COMENTARIOS A
JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

INCAPACIDAD. CONTRATANTE NO INCAPACITADO JUDICIALMENTE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpuso demanda por doña Claudia, contra don Gustavo y don Salvador y los cónyuges don Fernando y doña Antonia, solicitando se declare inexistente, por falta de consentimiento de doña Luz que no ha podido prestarlo en razón de encontrarse con demencia total o, en otro caso, por falta de causa y simulación absoluta, con nulidad de pleno derecho y carencia de efectos en cualquiera de los dos supuestos, el contrato de compraventa que se refleja en la Escritura entre doña Luz como vendedora y don Salvador y don Gustavo.

Y se declare también inexistente, por falta de causa y simulación absoluta, y en todo caso carente de efectos en orden a la transmisión de propiedad, el contrato que como de compraventa, fue otorgado entre don Salvador y don Gustavo como vendedores y don Fernando como comprador, sobre los mismos bienes; declarando nulas y mandando cancelar las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad de dichos bienes que pertenecen a la herencia de doña Luz, y, como heredera única de la misma, concretamente, a la demandante doña Claudia, condenando a los demandados a dejar dichos bienes a disposición de ésta, como tal única heredera de doña Luz.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia dando la razón a la adora. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada desestimándose el mismo.

Doctrina.—La causa de la nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir (capacidad natural), destruida con prueba bastante la presunción *iuris tantum* de la capacidad de obrar de que se trata.

El que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso.

COMENTARIO

I. INCAPACIDAD NATURAL: DEMENCIA SENIL. ESTADO CIVIL DE INCAPACITADO.
NULIDAD DEL CONTRATO POR INCAPACIDAD DE LA VENDEDORA

Doña Claudia, en la condición de hija y única heredera abintestato de doña Luz, pretendió en la demanda la declaración de que un contrato de compraventa de dos locales y una vivienda, que había celebrado su madre, como vendedora, con los hermanos de la misma, don Gustavo y don Salvador, como compradores, mediante escritura era nulo por falta de consentimiento, al carecer la vendedora de entendimiento y voluntad, a consecuencia de la demencia senil que padecía desde hacía algún tiempo.

También pretendió la declaración de que una segunda venta de los mismos inmuebles convenida entre sus tíos, antes citados, como vendedores, y un sobrino de los mismos, también demandado, como comprador, era nula o inexistente por simulación absoluta.

Y, finalmente, la declaración de que, dada la ineficacia de los dos contratos, los bienes vendidos no habían salido de la herencia de su madre y causante y, por ende, eran de su propiedad, al ostentar la condición de única heredera.

Las pretensiones declarativas vinieron acompañadas de las de condena de los demandados a la entrega de la posesión de los inmuebles y de rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad, para adaptarlos a la realidad resultante.

Entrando en el comentario de la sentencia debe distinguirse entre una *incapacidad natural*, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e *incapacidad resultante del estado civil de incapacitado*.

Los artículos 199 y siguientes del Código Civil se refieren a la segunda, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida que en cada caso se determine (art. 210 del Código Civil), por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley (arts. 199 y 200 del Código Civil), mediante una *sentencia judicial que la declare (art. 199 del Código Civil) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado*.

Desde ese momento, los *contratos* que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (arts. 1.263.2 y 1.301 del Código Civil).

Sin embargo, *el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso*. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual (de cuya coincidencia plena con la de la otra parte sobre cosa y precio nace el contrato de compraventa: arts. 1.258, 1.262 y 1.450 del Código Civil), cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la sentencia de 4 de abril de 1984 precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable).

II. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL NO INCAPACITADO

Los recurrentes insisten en que para declarar la nulidad de la venta era preciso haber declarado antes incapaz a la vendedora.

Al presumirse la capacidad del no incapacitado la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente. En ese sentido la jurisprudencia (sentencias de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974, 23 de noviembre de 1981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (sentencias de 7 de febrero de 1967 y 10 de abril de 1987).

En base a lo expuesto al declarar la nulidad del contrato de compraventa celebrado por la madre de la actora con sus hermanos, no ha infringido el artículo 210 del Código Civil, pese a que no hubiera sido previamente declarada incapaz por resolución judicial.

La causa de la nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir, destruida con prueba bastante la presunción *iuris tantum* de la capacidad de obrar de que se trata.

El artículo 1.263.2.º del Código Civil, también invocado por los recurrentes, establece que no pueden prestar consentimiento los incapacitados. Con tal redacción se plantea la cuestión de determinar si la norma se refiere sólo a los incapacitados judicialmente o también a los carentes de entendimiento o voluntad que no lo hayan sido; así como si la sanción aplicable al contrato celebrado por estos es la más grave de nulidad del contrato, por falta de declaración y consentimiento, o la menos grave de la anulabilidad, por la aplicación del artículo 1.301 y del 1.302; y la de discernir si el contrato celebrado por el incapacitado en el que falte la capacidad natural de entender y querer es nulo por falta de consentimiento, además de anulable por razón de la incapacitación o sólo esto último.

Cuestiones que no han sido planteadas por los recurrentes, quienes se han limitado a sostener la necesidad de la incapacitación del contratante para la declaración de nulidad del contrato por falta de voluntad y entendimiento. A tal planteamiento se debe responder en sentido negativo, cual se declaró en la instancia y señala la jurisprudencia.

MÉ. JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD

Los recurrentes atribuyen valor definitivo a la afirmación del notario de que, a su juicio y no sólo por lo manifestado por los otorgantes, éstos tenían capacidad para otorgar el acto documentado (art. 156.8.º del Reglamento).

Tal enjuiciamiento sobre la capacidad natural de la vendedora, sin embargo, no puede tener la consideración de definitivo o inatacable, pues no está amparado por la fe pública (art. 1.218 del Código Civil).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en este sentido. En las sentencias de 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 y 4 de mayo de 1998,

se establece que la aseveración notarial respecto de la capacidad de los otorgantes constituye una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

La propia sentencia objeto de estudio dice que el motivo debe ser desestimado, ya que la prueba ha demostrado que el juicio notarial de capacidad no fue exacto.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de familia

CONVIVENCIA MORE UXORIO. DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

Antecedentes.—Convivencia *more uxorio* entre varón, separado judicialmente de su anterior esposa, y la mujer reclamante, con duración de diecisiete años, y terminada por fallecimiento de aquél. Acción de la mujer contra los herederos del varón para división de la cosa común, en cuanto a los bienes dejados por aquél a su fallecimiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados (don Juan Pablo, don Rodrigo y don Esteban), en su condición de únicos y universales herederos.

Contra dicha sentencia se interpuso Recurso de Apelación que fue confirmatoria de la anterior. Ante lo cual se interpuso Recurso de Casación por entender que la sentencia infringió la correcta aplicación del artículo 392 del Código Civil en cuanto a la interpretación de dicho precepto en los supuestos de convivencia *more uxorio*, así como la jurisprudencia.

Doctrina.—Tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra. No se trata tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación. Pero tampoco se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio.

No hay una aplicación analógica del régimen de gananciales del matrimonio. Sólo una compensación económica en el valor de un tercio de los bienes, en favor de la mujer por aplicación de los principios generales del derecho y en cuanto que su no atribución supone un «enriquecimiento injusto» en su perjuicio.

COMENTARIO

I. EXISTENCIA DE UNA COMUNIDAD DE BIENES ENTRE LOS CONVIVIENTES

La *demandante* alega, tanto ante el Juzgado de Primera Instancia como en apelación ante la Audiencia, que:

- Hubo una convivencia *more uxorio* y una comunidad de bienes, y
- que es necesario valorar un trabajo en el negocio familiar y cosa común.

En base a lo cual debe ser resarcida en cuantía equivalente al valor de los bienes adquiridos constante la unión extramatrimonial, a fin de evitar un enriquecimiento injusto de la parte adversa.

Exige la división del patrimonio que se decía común y la adjudicación del 50 por 100 correspondiente, y subsidiariamente, el resarcimiento o compensación satisfactoria por el enriquecimiento injusto de la parte demandada y empobrecimiento de la actora en cuantía equivalente al valor de la mitad de los bienes adquiridos constante la unión extramatrimonial.

Por su parte, los *demandados* se opusieron a la demanda, negando la existencia de la comunidad de bienes cuya declaración solicitaba la actora, argumentando que, entre ésta y el fallecido, Agustín, nunca existió pacto alguno, expreso o tácito, mediante el cual se pudiera acreditar una voluntad inequívoca de hacer comunes los bienes que adquiriría Agustín.

Debemos comenzar señalando la doctrina existente en nuestro ordenamiento jurídico de la existencia de derechos y obligaciones surgidas de la convivencia *more uxorio* (sentencias de 29 de octubre de 1997 y de 10 de marzo de 1998) (1).

La doctrina jurisprudencial apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*. Así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja.

Sin olvidar la doctrina del Tribunal Constitucional que se desprende de las sentencias de 11 de diciembre de 1992, 18 de marzo de 1994 y 8 de febrero de 1993 (en relación con el contrato de arrendamiento de vivienda de 1964 por infracción del art. 392 del Código Civil) (2).

II. AUSENCIA TOTAL DE PRUEBA SOBRE EL PACTO EXPRESO o VOLUNTAD ACORDE DE LOS COMPONENTES DE LA UNIÓN DE HACER COMUNES LOS BIENES ADQUIRIDOS

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido al respecto que:

- Tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como

(1) La línea jurisprudencial, que recoge la sentencia de 10 de marzo de 1998, se centra en que la convivencia es una situación de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni, desde luego, por costumbre, con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento Jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo.

(2) Vid. también las SSTs de 1 de marzo de 1995 y 23 de julio de 1998.

si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa;

- en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación.

Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por *razón* de muerte o de voluntad unilateral.

La misma jurisprudencia se ha referido a la misma como:

- familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997),
- situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998),
- realidad *ajurídica*, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001),
- realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001).

También ha destacado que la convivencia carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así:

- La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho:
 - es ajurídica, pero no antijurídica;
 - carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.

La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo —hoy por hoy inexistente— sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997).

III. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL. INEXISTENCIA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Aplicando los *principios generales del Derecho*, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002).

Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona; art. 14, principio de igualdad; art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio art. 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (cuyo art. 16.1.b, entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado.

En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001).

Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa.

Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

IV. COMPENSACIÓN: TERCIO DE LOS BIENES DEL CONVIVIENTE FALLECIDO

En el caso presente no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (art. 393, segundo párrafo del Código Civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer.

Lo cual no significa llegar al absurdo de entender que una de las partes —la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala— deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales.

La compensación a conceder no puede ser la de la mitad de los bienes del varón, pedida, puesto que no se acepta la tesis de la existencia de la comunidad de bienes, en sí o asimilada a la de gananciales, sino en el tercio de los bienes existentes a nombre del mismo al finalizar la unión por su óbito,

puesto que los adquiridos antes de la unión, como allí se explica, fueron liquidados con la ex-cónyuge, finalizándose así, en cuanto a ellos, su inclusión en la sociedad económico-matrimonial anterior, por un lado, y en cuanto también el fallecido adquirió, permanente la posterior unión, los que los reemplazaron, por otro lado.

Su valor será el que corresponda al momento de la definitiva liquidación y adjudicación.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

BUENA FE EN DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL.—BUENAFE EN EL TERCERO HIPOTECARIO. CONCEPTO, MOMENTO Y PRUEBA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

Antecedentes.—La vivienda litigiosa en cuestión formaba parte de las construidas por «Agrupación de Viviendas Santiago», formada por militares profesionales, y de la que, dada su condición de tal, don Doroteo, padre del actor, formaba parte. Don Doroteo se había casado en segundas nupcias con doña Elvira Inda. El 10 de abril de 1968 se procedió a la adjudicación de las viviendas mediante sorteo, y correspondió al padre del actor la vivienda litigiosa, donde vivió junto con su esposa hasta su fallecimiento en 1972. Al fallecimiento de don Doroteo existía un hijo de éste, don Ignacio Ayerra, de su anterior matrimonio.

Continuó viviendo allí su esposa, y el 28 de enero de 1976 el Patronato de Casas Militares otorgó escritura pública de venta de la misma a favor de doña Elvira Inda, habiéndose abonado el 50 por 100 de su precio en vida de su esposo. Dicha compraventa se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente, el 28 de enero de 1988 doña Elvira vendió dicha finca a su sobrina doña María Pilar Hernández. Esta compraventa fue inscrita en el Registro de la Propiedad mucho después, en junio de 1995, probablemente después de que se hubieran producido conversaciones entre ésta y el heredero de don Doroteo en torno a la titularidad de dicha finca, pues poco después en octubre de 1995, don Ignacio Ayerra demandó por trámites del juicio declarativo de menor cuantía a doña María Pilar Hernández, herencia yacente, herederos desconocidos de doña Elvira y Patronato de casas militares, en la que suplicó: 1. Que se declarase el carácter ganancial de la vivienda litigiosa perteneciente a la comunidad formada por doña Elvira y don Doroteo. 2. Que se declare la nulidad por simulación absoluta o ausencia de consentimiento de la compraventa entre doña Elvira y su sobrina. 3. Subsidiariamente, que se declare la simulación relativa de esa compraventa encubriendo una donación *mortis causa*. 4. Que se declare que la vivienda pertenece pro-indiviso al demandante y a los herederos de doña Elvira. 5. Decretar la nulidad de la inscripción registral a favor de doña María Pilar.

El Juzgado de primera Instancia rechazó la demanda, y su sentencia fue revocada en Apelación por la Audiencia Provincial, afirmando que: 1. La vi-

vienda litigiosa fue de conquistas, perteneciente pro indiviso a la comunidad formada por don Doroteo y doña Elvira. 2. La nulidad absoluta de las escrituras de compraventa entre doña Elvira y el Patronato de Casas Militares y la recompraventa entre doña Elvira y doña María Pilar. 3. La nulidad de las inscripciones correspondientes. 4. La pertenencia de la citada vivienda a la comunidad formada por don Ignacio Ayerra y los herederos de doña Elvira.

Doña María Pilar interpuso recurso de casación contra la sentencia, por los siguientes motivos: 1. Al amparo del artículo 1692.3 LEC por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, infracción de las normas reguladoras de la sentencia que han producido indefensión para el recurrente. 2. Al amparo del artículo 1692.4 LEC por aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil. 3. Al amparo del 1692.4 por infracción de ley, con violación por su inaplicación de los artículos 34, 36 y 38 LH, pues no puede negarse la condición de tercero hipotecario a doña María Pilar por falta de buena fe, basándose en que al tiempo de la inscripción de su título conocía la existencia de irregularidades en el título del transmitente. Pues el conocimiento de las irregularidades ha de referirse al momento de la adquisición, y no en el de la inscripción, para poder negar la buena fe en el tercero hipotecario.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y establece la siguiente:

Doctrina.—El Tribunal Supremo en cuanto al motivo tercero del recurso, por inaplicación de los artículos 34, 36 y 38 LH, lo desestima porque, «de una parte, el concepto de buena fe, aplicado al Derecho Inmobiliario Registral, según las doctrinas científica y jurisprudencial consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral o de los vicios que pueda adolecer la titularidad registrada del transferente, según los casos; y, de otra, tal como sienta reiteradísima doctrina jurisprudencial de ociosa cita, la determinación de si el tercer adquirente es o no de buena fe constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a los Tribunales de instancia, salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrente en este caso, pues lo contrario sería transformar el recurso de casación en una tercera instancia».

COMENTARIO

La reflexión originada por esta sentencia solamente va a versar sobre la buena fe del tercero hipotecario, cuya falta aprecia el Tribunal de apelación, y reclama la recurrente en casación, aduciendo inaplicación de los artículos 34, 36 y 38 LH, pues entiende que fue adquirente de buena fe, digna de protección registral frente al demandante en instancia.

La buena fe del tercero hipotecario es un requisito fundamental para conseguir la protección que otorga el Registro, y, así, resultar mantenido en la adquisición realizada, aunque se resuelva o anule el derecho del transmitente.

La buena fe del tercero protegido ha estado siempre presente, pero sólo se materializa como exigencia expresa en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46, donde aparece recogida con claridad en el artículo 34 por primera vez. La necesidad de que la persona que va resultar mantenida en su adquisición, por efecto del 34, tenga buena fe, es obvia, ya que sólo el que confía en lo publicado por el Registro debe merecer tan especial protección.

Podemos definir la buena fe registral como la creencia del adquirente en la titularidad y poder de disposición de su transmitente, tal y como lo publica el Registro; y en sentido negativo como la ignorancia de la existencia de vicios o inexactitudes en esa titularidad, que no publica el Registro. Se trata, de manera principal, de una buena fe psicológica, aunque tiene que ir impregnada, a mi entender, de cierto componente ético, una mínima diligencia que en determinados casos no puede obviarse para concluir la buena o mala fe de una persona (1).

Es importante el momento en el que ha de tenerse esa buena fe, y por tanto confiar en la titularidad del transmitente. Se ha discutido sobre cuál es ese momento, encontrando hasta tres tesis distintas, a saber: *a)* el momento ha de ser cuando se contrata, *b)* cuando se adquiere el derecho real, o *c)* por el contrario, cuando ese derecho se inscribe. La doctrina, mayoritariamente, se adhiere a una de las dos primeras ideas (2).

En concreto, defiende que la buena fe es necesaria en el momento de la contratación, entre otros, LACRUZ BERDEJO, que afirma que debe tenerse la buena fe «en el momento de otorgamiento del acto dispositivo, y no queda privado de la protección registral aunque luego y antes de la inscripción descubriera la inexactitud»; asimismo, y en un primer momento, GARCÍA GARCÍA, que sostiene que «desde el punto de vista realista y de la lógica del requisito, es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se celebra el contrato, que es cuando el adquirente sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para cerrar o no el contrato».

Sin embargo, sostienen que el momento en que ha de tenerse la buena fe es cuando se adquiere el derecho real, y por lo tanto, según nuestro sistema de título y modo, cuando existe la tradición, entre otros: ROCA SASTRE que afirma que el momento en que debe existir buena fe es «el en que queda concluso el negocio jurídico de adquisición por el tercero, de acuerdo con las

(1) La doctrina coincide con distintos matices, por regla general con este concepto de buena fe. Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 189 y sigs. La buena fe consiste en «la ignorancia del adquirente de que la titularidad de su causante está viciada o no existe ya en él, y correlativamente la creencia de que es dueño de la cosa y puede transmitir su dominio». Este autor introduce la mínima diligencia ética en la buena fe registral. Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 377-381, considera que la buena fe es «la creencia de que el titular registral es el dueño de la cosa y ostenta un poder de disposición sobre la misma suficiente para transmitir el dominio o constituir un derecho real e, inversamente, la ignorancia de la inexistencia de real titularidad o de cualquier otra circunstancia que pueda hacer ineficaz o limitar la titularidad que el Registro publica». GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 305: la buena fe es «el desconocimiento, o sea, aspecto negativo del no conocimiento de una inexactitud registral»; PAU PEDRÓN, A., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pág. 39: «la buena fe supone que el tercero desconoce la inexactitud del Registro, es decir, la discordancia que existe entre el Registro y la realidad extraregistral».

(2) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III bis, *ob. cit.*, pág. 190; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», *ob. cit.*, pág. 349; Díez PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil», *ob. cit.*, págs. 380-381; ROCA SASTRE, R. M. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 391 y sigs.

normas del Código Civil, completadas en su caso, por otras de índole procesal, sin que interese el tiempo posterior»; y DIEZ PICAZO, que recoge esta doctrina, la matiza admitiendo que «la buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio adquisitivo sin que tenga que perdurar hasta el momento de la inscripción».

De manera minoritaria, como excepción, encontramos a SANZ FERNÁNDEZ (3), que defiende que la buena fe debe tenerse en el momento de la inscripción, pues es entonces cuando realmente se produce la adquisición del derecho real, ya que ésta se trata de una adquisición a *non domino*. Igualmente refrenda esta última tesis GÓMEZ GÓMEZ (4).

La jurisprudencia es contraria a admitir que el momento en que debe existir la buena fe es el de la inscripción; y es oscilante cuando se trata de determinar si el momento es el del otorgamiento del contrato o el de la adquisición del derecho real. Aunque, probablemente, sea doctrina más moderna y más frecuente, esta segunda idea. Por ejemplo, de manera muy precisa, la STS de 23 de diciembre de 1992, que recoge la doctrina de la STS de 29 de marzo de 1960, afirma que «el conocimiento de la inexactitud de la inscripción registral, para que no opere a favor del tercer adquirente la situación de buena fe, ha de hallarse referido al momento de la adquisición del inmueble, o sea a aquél en que se efectúe la tradición por el otorgamiento de la escritura, a base del artículo 1.462 del Código Civil, si de la misma no resultare o se dedujera claramente lo contrario, siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después de tal otorgamiento, a efectos de privarle de la condición de adquirente de buena fe, pues *mala fides superveniens non nocet*». En el mismo sentido se pueden citar las SSTs de 2 y 31 de enero de 1975, 12 de noviembre de 1970, 2 de julio de 1965, 3 de octubre de 1963, 24 de abril de 1962, 28 de marzo de 1961 y 29 de marzo de 1960.

Pero manteniendo la tesis de que el momento de la buena fe es el de contratar, sin mencionar la tradición, también encontramos las siguientes sentencias: de 12 de noviembre de 1970, 22 de noviembre de 1963, 26 de febrero de 1949, 8 de agosto de 1940, 8 de julio de 1916, 3 de marzo de 1909 y 24 de marzo de 1905.

Se mantenga una u otra tesis, lo que está bastante claro es que la buena fe debe tenerse antes de la inscripción (5). Y, asimismo, lo que parece indu-

(3) Véase SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 465-467.

(4) Véase GÓMEZ GÓMEZ, M., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *RCDI*, 1952, pág. 571.

(5) Yo me inclino, como dice GARCÍA GARCÍA en sus escritos posteriores, que el momento debe ser el del otorgamiento del acto inscribible, que muchas veces implica la tradición. Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., EN AA.VV., «Comentario al artículo 34 LH», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 4.º, Edersa, Madrid, 1999, págs. 510 y sigs. Allí GARCÍA GARCÍA añade la tesis de que la buena fe ha de tenerse en el momento del otorgamiento del título inscribible, modificando parcialmente la postura defendida hasta entonces, de que la buena fe ha de tenerse en el momento de otorgar el contrato. «Consiste en referir el momento de la buena fe al del otorgamiento del título inscribible, prescindiendo tanto del momento de la inscripción como el de la tradición, e incluso del contrato privado de adquisición. El artículo 34 LH se refiere al tercero que de buena fe adquiera. Pero como se trata de un precepto de la legislación hipotecaria, el «adquiera» hay que ponerlo en relación con el «título de adquisición», y

dable, hoy en día, es que la permanencia de esa buena fe hasta el momento de la inscripción es irrelevante.

Por tanto, en la sentencia que se analiza, tiene razón la recurrente cuando considera que la Audiencia Provincial se equivoca, pues refiere el momento de la buena fe al de la inscripción del derecho, ya que fue entonces cuando «parece» que la recurrente ya conocía la irregularidad de la titularidad de su causante, y no cuando adquirió el derecho, muchos años antes. Y en este punto sería indiferente la discusión sobre si el momento debe ser el de contratar o el de adquirir el derecho real, pues la escritura pública se otorga (y por tanto se adquiere el derecho de propiedad), de forma casi inmediata al contrato, y mucho antes que la inscripción, que es cuando aparecen los indicios de la mala fe. Luego, en ningún caso habría dudas sobre la buena fe en esos momentos que perfeccionan la adquisición del derecho real.

Además, creo que también puede tener razón la recurrente en el sentido de que la Audiencia deduce la mala fe de una serie de indicios, o conjeturas, probablemente muy válidos, pero que no prueban la mala fe de modo pleno, cumplido y manifiesto, tal y como afirma el Tribunal Supremo en innumerables ocasiones (SSTS de 24 de marzo de 1970, 1 de febrero de 1974, 21 de enero de 1975, 31 de enero de 1975, 18 de noviembre de 1980 y 25 de marzo de 1988). Esa prueba clara y precisa es necesaria para desvirtuar la presunción de buena fe, y siempre a cargo de quien la niega.

Es cierto que, a veces, se permite la prueba por presunciones, cuando de los hechos deriven indicios vehementes del conocimiento por el adquirente de la situación extrarregistral, como parece que entiende la Audiencia Provincial en este caso, y que igualmente ha mantenido el TS en ocasiones (SSTS de 23 de octubre de 1964, 17 de marzo de 1966, 31 de marzo de 1969 y 11 de diciembre de 1992). Si bien, entiendo que esos indicios deben ser lo suficientemente determinantes al efecto, y no sé si en el caso que se analiza eran de esa calidad.

Por todo ello, puedo entender las razones que llevan a plantear el recurso de casación, pero entiendo que el Alto Tribunal rechace el motivo al considerar que toda la prueba de la buena fe es una cuestión de hecho que corresponde a los Tribunales de Instancia, sobre la que no puede entrar, a riesgo de convertirse en una tercera instancia, y esa no es su misión (6).

El razonamiento del Supremo es innegable y no ofrece dudas: la buena fe sólo es recurrible en casación como cuestión de hecho y no de derecho. Pero no lo es menos, que también, en ocasiones, ha modificado, y por tanto y en cierto modo, ha revisado, la prueba de la buena fe establecida en instancia, cambiando lo apreciado por la Audiencia, cuando se dé un patente error en la apreciación de las pruebas practicadas, como reconoce la STS de 5 de febrero de 1962 y como ocurrió en la STS de 27 de febrero de 1995, en la que entra a valorar los hechos que justificaban la buena o mala fe.

no con el modo de adquisición, pues este último es un concepto extraño a la legislación hipotecaria, que sólo se refiere a los títulos adquisitivos, conforme a los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria».

(6) En este sentido véanse, entre muchas otras, las siguientes sentencias: SSTS de 28 de marzo y 22 de diciembre de 1961; 5 de febrero y 24 de abril de 1962; 7 de diciembre de 1963; 16 de febrero de 1981; 6 de febrero y 17 de diciembre de 1984, y 31 de enero de 1985.

Hay que tener en cuenta que todo esto es excepcional, y sólo en muy limitadas ocasiones puede darse, ya que en ningún caso es admisible, como mantuvo la STS de 5 de julio de 1985, que la buena fe puede considerarse como un *concepto jurídico*, como una *máxima de experiencia*, apreciable como tal por los Tribunales, pues esto supondría una enorme inseguridad jurídica.

Pero sin llegar a estos extremos, sí que puede resultar criticable, en la sentencia que se analiza, el hecho de si se practicó debidamente la prueba de la mala fe, o si, por el contrario, pudiera haberse cometido un error en tal prueba que no llegó a ser plena, clara y manifiesta. Hay que tener en cuenta, además, que, desde luego, esa mala fe no parece referirse en ningún momento al de la adquisición del derecho, que es, en cualquier caso, cuando debe tenerse, sino en la inscripción, que como ya hemos dicho parece irrelevante.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACIÓN TÍTULO CONSTITUTIVO POR EL PROMOTOR-PROPIETARIO ÚNICO. COMPRAVENTA DE PISOS EN DOCUMENTO PRIVADO.—NO SE PRODUCE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—Con posterioridad a los contratos privados de compraventa de pisos, el promotor del edificio en cuestión otorgó unilateralmente una escritura pública de rectificación del título constitutivo de propiedad horizontal, añadiendo como finca número 28 un local comercial sito en la planta baja del edificio y reduciendo los coeficientes de participación comunes de las restantes veintisiete fincas.

El objeto de litigio es esa finca de una superficie de 1.090 m², parte sin edificar, y parte bajo cubierta. Los recurrentes pretenden la nulidad de dicha escritura de rectificación en la que se manifiesta que dicho local pertenece en plena propiedad al promotor y su sociedad de gananciales, asegurando que se trata de un elemento común de la comunidad de propietarios.

Hay que señalar que, en las escrituras de compraventa de pisos posteriores, apareció en todas ellas reflejada la escritura de rectificación que ahora se discute.

El promotor interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando que se declare a su favor la propiedad del local en cuestión, y se obligue a los demandados a retirar los obstáculos que impiden el acceso al local propiedad del actor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta declarando que el local descrito es propiedad del demandante y su sociedad de gananciales.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, dictó sentencia estimando parcialmente el recurso en el sentido de no imponer las costas de primera instancia a ninguna de las partes contendientes, confirmando el resto de los pronunciamientos del fallo, entendiendo que, al tiempo de la escritura de rectificación, el promotor era el único propietario de todo el inmueble, y por tanto estaba facultado para realizar las rectificaciones convenientes del título constitutivo, y que, además, los compradores conocieron por

estar reflejada en sus escrituras de compraventa, las escrituras de rectificación cuestionadas, y que aceptaron voluntariamente al otorgar las escrituras de compraventa.

Los demandados interponen recurso de casación, fundamentalmente, tratando de impugnar la afirmación de que el promotor no era propietario único, pues se habían producido las ventas privadas de los pisos, y por lo tanto, denuncian infracción de los artículos 5 y 16 LPH, al no obtener el acuerdo unánime necesario de todos los copropietarios para modificar el título constitutivo.

El Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso de casación interpuesto y establece la siguiente

Doctrina.—La Dirección General, después de dar por probado que no se produjo la entrega de las llaves, ni ningún otro acto que pueda justificar la puesta en posesión de los pisos a los compradores, afirma que resulta incuestionable, en virtud de la teoría del título y el modo, que para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición, y la jurisprudencia tiene reiterado que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida.

Y continúa, añadiendo que no se han vulnerado los preceptos relativos a la entrega de la cosa vendida porque el vendedor entregó mediante escritura pública aquello a que se obligó en la misma. Y no existe fraude de ley, pues al ser el promotor el propietario único —según lo que se ha afirmado en el párrafo anterior— goza de «cobertura» del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Por último, en las escrituras públicas de compraventa de los pisos se hace constar la rectificación de la escritura del título constitutivo de la propiedad horizontal, y este extremo fue voluntaria y libremente aceptado por las partes contratantes. Luego, no se formuló oposición a esta novación objetiva recogida en la escritura, y por tanto debe de afectarles.

COMENTARIO

El primer problema que aparece reflejado en esta sentencia es si puede el promotor, por sí solo, otorgar escritura de título constitutivo de Propiedad Horizontal y en su caso modificarlo; o si, por el contrario, necesita del consentimiento de los nuevos propietarios de los pisos en régimen de Propiedad Horizontal.

La solución es clara y sin fisuras. El promotor, si es el único propietario de todo el edificio en régimen de Propiedad Horizontal (lo que implica que no se haya producido ninguna transmisión del dominio de los pisos), está perfectamente legitimado para constituir dicho régimen, como recoge la Ley, doctrina y jurisprudencia; pues éste es uno de los supuestos típicos y previstos de constitución de la propiedad horizontal (1).

(1) La constitución de una propiedad horizontal debe hacerse a través de una escritura pública de división horizontal, que es el título constitutivo. Y éste puede predisponerlo: a) el dueño del edificio, haciendo él la división formal pero reteniendo todos los

Obviamente, él mismo y por sí solo, si continúa siendo el único propietario, puede también modificar o rectificar dicho título. Los nuevos propietarios que con posterioridad adquieran el dominio tendrán que aceptarlo, e igualmente, los estatutos que allí se incorporen.

Pero, si por el contrario, el promotor ya no fuera el propietario único del edificio en propiedad horizontal porque se hubiera transmitido el dominio —aunque sólo fuera de uno de los pisos—, necesitará el consentimiento y la aprobación del nuevo(s) propietario(s) para poder modificar u otorgar título constitutivo de propiedad horizontal, tal y como se deduce de lo establecido en los artículos 5.4, 14.*d*) y 17.1.³ LPH (2). Ya que es prerrogativa de todos los copropietarios el llevarlo a cabo, pues se exige la unanimidad de todos ellos, al consistir la modificación en una alteración de las cuotas previstas en los estatutos y el título.

Así las cosas, la solución al conflicto sería muy fácil y clara. Pero, el problema surge, como en el caso que se analiza, cuando no queda tan claro quién o quiénes son los propietarios de todos los pisos o del edificio en propiedad horizontal. Esta es la cuestión principal que analiza esta sentencia, y la que creo merece un breve análisis.

El problema, por tanto, hay que resumirlo planteado el siguiente aspecto: Vendidos en documento privado los pisos de un edificio de propiedad horizontal, ¿se ha transmitido el dominio de los mismos? Porque, según la respuesta que se dé a esta pregunta, solucionamos el problema inicial de manera muy sencilla: si no hay transmisión de dominio, el promotor sigue siendo propietario único y por tanto puede llevar a cabo la rectificación del título constitutivo por sí solo. Si hay nuevos propietarios de los pisos, porque el dominio sí se ha transmitido, hay que contar con ellos y su aprobación para cualquier modificación que afecte a los estatutos y por tanto al título de constitución de la propiedad horizontal.

Analicemos, entonces, la eficacia traslativa dominical de un documento privado de compraventa.

El contrato de compraventa no es un contrato formal, pues no se exige para su perfección y validez el otorgamiento de una forma determinada (principio de libertad de forma, art. 1.278 del Código Civil). De esta manera, son perfectamente válidas y eficaces —en sentido obligacional— las compraventas realizadas en documento privado, o incluso de manera verbal. Es cierto que el artículo 1.280 del Código Civil parece ordenar la forma pública en la compraventa de inmuebles, pero esta «exigencia» hay que interpretarla a la

pisos; *b*) o pueden otorgarlo los distintos adquirentes de un constructor; *c*) o bien puede resultar de una división en la que los condueños de una copropiedad o comunidad hereditaria describan los pisos y señalen las cuotas que se adjudiquen; *d*) o puede hacerlo un testador que constituye, él, el régimen de propiedad horizontal en testamento. También puede otorgarse por laudo arbitral o resolución judicial (art. 5 LPH).

(2) Artículo 5.4 LPH: «...Cualquier modificación del título, y a salvo de lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución».

Artículo 14.*d*) LPH: «Corresponde a la Junta de Propietarios: *d*) Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior».

Artículo 17.1.^a LPH: «Los acuerdos de la Junta de Propietarios se sujetarán a las siguientes normas: 1.³ La unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad».

luz del 1.279, en el sentido de que enumera alguno de esos contratos en los que las partes pueden compelerse al otorgamiento de forma pública, normalmente porque así son fácilmente oponibles frente a terceros, pero eso no significa que sea necesaria para su eficacia entre las partes. Por lo tanto, la compraventa de pisos en documento privado es perfecta, válida y hace nacer las obligaciones principales de dicho contrato: entrega de la cosa y pago del precio.

Además el contrato de compraventa es consensual y no real, de este modo desde que las partes consienten en la cosa objeto del contrato y en el precio, el contrato se ha perfeccionado (art. 1.450 del Código Civil). Comprador y vendedor deben llevar a cabo las prestaciones que les corresponden, y si no lo hicieran, como el contrato en sí es perfecto, deberán responder por el incumplimiento de esas obligaciones ya nacidas, y podrá compelerse a la otra parte a que entregue la cosa, pague el precio, o bien resolver el contrato, e indemnizar al perjudicado por su incumplimiento.

Ahora bien, el efecto principal que se pretende conseguir con el contrato de compraventa es, precisamente, la transmisión del dominio del objeto de la venta. Pero para que ese dominio se transmita de vendedor a comprador no basta que esa compraventa esté perfecta. En virtud de nuestro sistema de título y modo de transmisión de los derechos reales, recogido en el artículo 609 del Código Civil, es absolutamente necesario que se produzca el modo, *traditio* o entrega de la cosa del vendedor al comprador. Si no existe modo (*traditio*, entrega, en definitiva, desplazamiento posesorio o cualquiera de sus equivalentes), la propiedad, como derecho real que es, no se transmite. Por lo tanto, en una compraventa sin modo, existe un contrato que en el plano obligacional es perfecto, válido (consentimiento, objeto y causa) y que hace nacer las obligaciones propias; pero, si no existe esa *traditio* o modo, no tiene eficacia real, el efecto principalmente querido de ese contrato no se produce. Se trata de un contrato válido pero sin eficacia real. No nace la propiedad a favor del comprador porque no se ha transmitido, y por tanto, el vendedor sigue siendo propietario. En este sentido, baste ver, por ejemplo, lo que afirma la STS de 14 de diciembre de 1988: «el dominio sólo puede adquirirse mediante un contrato con virtualidad traslativa del dominio (título) como es la compraventa, acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades (real, simbólica o *ficta*)».

El documento privado no es, ni equivale al modo o *traditio*, a diferencia de la escritura pública (art. 1.462) (3), y por lo tanto una compraventa en documento privado no transmite la propiedad. La jurisprudencia del TS ha insistido reiteradamente sobre este extremo, afirmando que la sola plasmación de la venta de un inmueble en un documento privado, si por otro lado no se produce la puesta en posesión, no permite entender cumplido el requisito del modo y la adquisición no se puede llevar a cabo; no genera tradición instrumental, y no acredita por sí solo la transmisión patrimonial (SSTS de 14 de junio de 1996, 30 de mayo de 1997, 21 de marzo de 1998, 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero de 2002 y 10 de julio de 2002). Por eso, el TS considera que el adquirente de un inmueble mediante documento privado (sin que haya otra forma de tradición), no es propietario del mismo, sólo

(3) La escritura pública equivale a la entrega de los bienes, entre otras, véanse las RRDGRN de 16 de mayo de 1996 y 5 de enero de 1999.

tiene un *ius ad rem* sobre aquél; para transformarlo en *ius in re* será necesaria la unión del título y modo (SSTS de 20 de octubre de 1994 y 14 de febrero de 2002). En consecuencia, le impide interponer con éxito, por ejemplo, una tercería de dominio ante el embargo de ese bien por deudas del vendedor-propietario (SSTS de 26 de marzo de 1990, 26 de noviembre de 1991, 30 de diciembre de 1993, 9 de marzo de 1994, 1 de febrero de 1995, 27 de junio de 1996, 17 de septiembre de 1996 y 18 de septiembre de 1996).

Es necesario, entonces, para la transmisión del dominio, el título (contrato CV), y el modo, que puede ser la efectiva entrega (traspaso posesorio), o simbólica (como la entrega de llaves), o bien tradición instrumental (la escritura pública, hoy en día la más normal en compraventa de pisos), pero, en ningún caso la formalización del contrato en documento privado equivale al modo o a la tradición instrumental.

En el supuesto de hecho que da lugar a esta sentencia, queda claro y probado que no existe tradición real, ni ninguna de sus variedades (4), luego, podemos afirmar que no se ha producido la transmisión de la propiedad de los pisos por el mero documento privado, y, consecuentemente, el único propietario sigue siendo el promotor. Por lo tanto, él sólo puede otorgar y modificar el título constitutivo de Propiedad Horizontal, sin necesidad de la aprobación de los compradores.

Sólo cabría alegar, por parte de estos, que sí se ha producido la transmisión del dominio, porque existe algún tipo de tradición consensual en la que no es necesaria la entrega cosa para transmitir el dominio. Los supuestos en que se admite esta tradición consensual son: la imposibilidad de trasladarse la cosa por fragilidad de la misma, lejanía o gran volumen; la tradición *brevi manum* en la que no es necesaria la entrega de la cosa porque el comprador ya la tiene en su poder; o la tradición con pacto de constituto, en la que tampoco hay traspaso posesorio porque se acuerda que el vendedor siga con la posesión de la misma. Es obvio que ninguno de estos supuestos puede ser de aplicación al caso. No puede alegarse un tipo de tradición consensual.

Es cierto que hay sentencias que amplían el concepto de tradición a otros supuestos que estrictamente no lo son, precisamente, para admitir el traslado del dominio, y la nueva propiedad del adquirente, sobre todo por razones de equidad. Por ejemplo, la STS de 9 de marzo de 1994 admite como tradición el que el comprador de un piso (sin entrega del mismo, ni escritura pública) hubiera realizado obras y mejoras en el mismo; otras justifican la tradición por la incorporación del documento privado de venta en un Registro público (SSTS de 17 de septiembre de 1996 y 18 de septiembre de 1996); considera consumada la venta de finca arrendada mediante el traspaso al comprador de la posesión mediata (STS de 10 de julio de 1997).

En el caso que analizamos no existe similitud con los supuestos de hecho descritos en las sentencias que acabamos de exponer. Y como considero que estas sentencias deben interpretarse de manera restrictiva, pues son excepciones a la literalidad del 609 del Código Civil, no son de aplicación al caso. No me parece conveniente seguir ampliando jurisprudencialmente el concepto de tradición, pues cabe el riesgo de dejarlo vacío de contenido, cuando nunca fue esa la voluntad del legislador.

(4) Se afirma en la sentencia que no se ha probado ni la entrega de llaves de las viviendas, ni que se haya producido ningún consumo de agua o electricidad.

En conclusión, repitiendo lo que ya hemos afirmado antes: no existe modo, no hay transmisión de la propiedad, y por tanto el promotor es el único propietario. Según la LPH, está perfectamente legitimado para modificar el título por sí solo.

Comparto doctrina del TS, que no tiene fisuras pero que es conveniente recalcar, no ya para los profesionales del Derecho que en mayor o menor medida la conocen y admiten, sino para subrayarlo a los ciudadanos legos en la materia que confían muchas veces en su adquisición en documento privado. Sobre todo, en la compraventa de pisos pueden surgir muchas dificultades para ese comprador confiado: embargo de los pisos al promotor-constructor con la posible pérdida del piso para el adquirente; hipoteca del piso por parte del vendedor, que igualmente implica el riesgo de la pérdida del inmueble, y muchas veces incluso de todas las cantidades que se pagaron por el piso, a veces hasta la totalidad del precio, etc.

Porque, en definitiva, y en estos casos de ventas en documentos privados, ¿qué tienen esos compradores? Desde luego, no un derecho de propiedad, tan sólo el crédito, la facultad de exigir que se le entregue la cosa, que se cumpla la obligación pactada en el contrato por parte del vendedor. Pero si esto no es posible, sólo cabe la indemnización por incumplimiento de obligaciones (la de entregar la cosa), pero se frustra la finalidad pretendida por el comprador al suscribir un contrato de compraventa: la adquisición de la propiedad.

MARÍA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

SUCESIONES (INCLUSIÓN DE VIVIENDA EN EL CAUDAL HEREDITARIO DE LA CAUSANTE QUE FALLECIÓ EN ESTADO DE SOLTERA Y HABÍA DONADO A UNA HERMANA, SUCEDIÉNDOLE COMO HEREDERA SU MADRE). COLACIÓN HEREDITARIA IMPROCEDENTE, POR NO TENER LOS HERMANOS LA CONDICIÓN DE HEREDEROS FORZOSOS DE LA CAUSANTE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—C. fallece el 19 de noviembre de 1993, soltera y sin descendencia, declarándose a su madre, F. L., como su única y universal heredera.

F. L. fallece en 1994 siendo viuda, sucediéndole sus cinco hijos sobrevivientes por partes iguales que se enfrentan en este pleito unos como demandantes —M., G. y M.^a F.— y otros como demandados —I. y A.

Los demandantes solicitan al Juzgado de Primera Instancia que se pronuncie sobre varias cuestiones que les afectan en la sucesión de su madre, de las cuales destacamos por su interés las siguientes:

1.º Que se condene a I. a rendir cuentas de los movimientos y disposiciones realizados en la cuenta que su hermana C., fallecida, tenía abierta en Banesto y de la cual I. tenía firma autorizada desde el 1 de octubre de 1993, debiendo abonar lo dispuesto a su favor a la comunidad hereditaria junto con sus intereses desde la fecha de disposición.

2.º Que se condene a I. a rendir cuentas de los movimientos y disposiciones realizados en la cuenta que su madre, F. L., tenía abierta en la Caja Castilla la Mancha, así como de otra cuenta de la misma entidad de la que la demandada era titular, debiendo abonar lo dispuesto a su favor a la comunidad hereditaria junto con sus intereses desde la fecha de disposición.

3.º Que se incluya como bien colacionable un piso que C. había donado a su hermana I., hoy demandada, el 27 de octubre de 1993, reservándose la donante el usufructo vitalicio y la facultad de disponer de la finca.

Doctrina.—En primer lugar abordaremos el tema planteado en los dos primeros puntos: el reintegro de las cantidades de las que hubiera dispuesto la demandada.

Estaba perfectamente acreditado que el 2 de noviembre de 1993 sacó I. la cantidad de 3.801.640 pesetas, asimismo la sentencia de primera instancia estimó probado el hecho de que C. ingresó en un centro hospitalario el 8 de octubre de 1993 y falleció el 19 de noviembre del mismo año.

El Tribunal de Instancia decretó la exclusión de la herencia de la madre, F. L., la cantidad de 5.511.449 pesetas, sin perjuicio de que impuso a I. la obligación de rendir cuentas del estado de la cuenta de su hermana a partir del fallecimiento de ésta.

La sentencia basa la exclusión que decreta en que los demandantes no estaban legitimados para pedir la colación de las disposiciones que arrojaban la suma de 5.511.449 pesetas.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado por entender que no se planteó el hecho de que pudiera existir una donación de C. a favor de I., sino de un acto de disposición, acreditado según justificante del Banco en la cantidad de 3.801.640 pesetas. Por lo que procedía que se integrara esta cantidad en el haber hereditario de C. que transmitió a su madre.

Se citan en la sentencia analizada otras del Tribunal Supremo que se han ocupado de este tema y han señalado que el hecho de autorizar actos de disposición de una cuenta bancaria no significa por sí, salvo prueba en contrario, que se ostente condominio sobre el saldo, por lo que no cabe atribuirse la propiedad de las cantidades de que se dispone, habiendo de integrarse en el caudal relicto del titular dueño de la cuenta. La cotitularidad bancaria se hace, a menudo, para tener una mayor operatividad y no con el fin de donar la mitad del saldo de la cuenta (1).

El Tribunal Supremo anuló la declaración de que procedía integrar en el haber hereditario de C., transmitido a su madre, la cantidad de 3.801.640 pesetas. Los recurrentes sostenían que esta cantidad debía formar parte del inventario de la herencia de C. Esta petición la podría haber realizado la madre, pero no los hermanos, ya que no están capacitados para hacerlo al no tener la condición de herederos forzosos de dicha causante.

El punto tercero, la inclusión como bien colacionable de un piso que C. había donado a su hermana I., y sobre el que se había reservado el usufructo vitalicio y la facultad de disponer de la finca no cabe exigir la colación hereditaria, siendo, por tanto, improcedente.

(1) Entre las sentencias del Tribunal Supremo citadas se encuentran: 8-2-1991, 15-12-1993, 19-12-1995 y 7-6-1996.

COMENTARIO

La colación es el acto por el cual el heredero forzoso que concurre con otros que también lo son está obligado a agregar a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de este a título lucrativo para computarlo en las legítimas.

Es la colación una operación previa a la partición y que se refiere a la agregación numérica a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y de averiguar si son inoficiosas (STS de 19-7-1982).

La colación tiene lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3-6-1965, los caracteres que perfilan esta institución son, en su esencia, inconfundibles al precisarse para su existencia y exigencia que se den los requisitos legales recogidos en el artículo 1.035 del Código Civil:

Primero.—Concurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión.

Segundo.—Que alguno de ellos haya recibido del causante de la herencia, en vida de éste, determinados bienes.

Tercero.—Que haya sido por dote, donación u otro título lucrativo.

Cuarto.—Que se aporten a la masa hereditaria los mismos bienes o su valor para ser computados en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

La colación tiene como finalidad la defensa de la intangibilidad de la legítima y, por tanto, la igualdad entre los herederos forzosos cuando se haya alterado esa igualdad con las circunstancias mencionadas en el 1.035, antes citado. Salvo disposición en contrario, se presume que la voluntad del causante es que haya igualdad entre los legitimarios (STS de 19-6-1978).

En el caso que nos ocupa no cabe la colación. Los hermanos no pueden exigirla respecto a la herencia de su hermana, ya que carecen de la condición de herederos forzosos y sólo quien ostente tal condición puede pedirla.

Como resulta del artículo 806 del Código Civil, el testador no puede disponer de la legítima, ya que está reservada por ley a los herederos forzosos, entre los que se encuentran los padres y ascendientes respecto de los hijos o descendientes (807 del Código Civil).

Podría haber existido la colación en la sucesión de C., en el caso de que la hubiera solicitado la madre, siempre que se dieran los requisitos exigidos por el Código, ya que era heredera única y universal de su hija C. con la condición de heredera forzosa. Podría haber planteado si la donación era inoficiosa, pero nada de esto hizo, por lo que consintió que el bien donado permaneciera fuera del caudal. La madre tenía la posibilidad de colacionar como heredera forzosa de su hija, pero esta posibilidad no se transmite a los herederos como pretenden los demandantes.

En este pleito se ventila la herencia de la madre y la donación causante del litigio no fue realizada por la madre, por lo que queda fuera del ámbito de las reglas relativas a las legítimas, artículos 806 y siguientes en concordancia con las relativas a la colación, artículos 1.035 y siguientes. En consecuencia, la demandada I., en la herencia de su progenitora sólo tiene la condición de heredera, no aúna la de heredera y donataria, por lo que concluiremos que la colación hereditaria es improcedente.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

CONSTRUCCIÓN. VICIOSRUINÓGENOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MAYO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—«Inmobiliaria Espacio, S. A.» denuncia infracción de la jurisprudencia interpretadora del artículo 1.591 del Código Civil y su desarrollo está decidido en combatir la condena económica que le impuso la sentencia recurrida por vicios ruinógenos que afectan a la vivienda que se levantó el actor del pleito al padecer la misma graves deficiencias constructivas que resultaron suficientemente demostradas e impiden la habitabilidad normal.

Doctrina.—Concorre ruina cuando se genera estado de imperfecciones corrientes y derivadas del uso normal de las cosas. La sentencia no imputa las deficiencias edificativas acreditadas ni sus causas, así como actuación culposa o negligente alguna como causante directa o indirecta de los vicios que presenta la vivienda que construyó y vendió al demandante y por ello no se individualizó su responsabilidad frente a la Constructora y arquitecto técnico a efectos de no establecer su responsabilidad solidaria con los mismos al resultar así la condena dada. La sentencia recurrida declara probado que alguno de los vicios resultaban «muy ostensibles», es decir, fácilmente detectables y con mayor razón por la promotora que es la que debe seguir el proceso de edificación. Sucede que su responsabilidad en este supuesto y en el ámbito de la solidaridad, conforme a la doctrina jurisprudencial imperante y actualizada, autoriza a incluir al promotor en el espacio jurídico del artículo 1.591 del Código Civil, ya que, por una parte, el promotor es también vendedor y está obligado a entregar lo que construye con las condiciones de servir a su finalidad, que no es otra que la de procurar una habitación para las personas segura, apta, útil y conforme al uso destinado, y así lo declara la sentencia de 10 de noviembre de 1999 que cita las de 29 de noviembre de 1993, 30 de diciembre de 1998, 27 de enero y 13 de octubre de 1999. La justificación de la legitimación del promotor y su capacidad para asumir responsabilidades está en cuanto el vendedor queda obligado a cumplir exacta y debidamente las prestaciones de lo que para él construyen los profesionales que contrata, es decir, sin vicios ni imperfecciones y si se ocasionan ruinógenos su responsabilidad se prolonga y alcanza a responder de los defectos, juntamente con los demás como causante directo, pues dice la sentencia de 12 de marzo de 1999, que el promotor viene a hacer suyos los trabajos ajenos, realizados por el personal que eligió y, en caso de vicios, su obligación, de entrega a los adquirentes lo ha cumplido de forma irregular y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros relacionados con él mediante los oportunos contratos. También tiene en cuenta la Sala el hecho de que la promotora no sea constructora lo cual no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil.

Cuando sucede, como en este caso, que concurren responsabilidades plures, conforme al artículo 1.591 del Código Civil, reiteradamente la jurisprudencia viene aplicando la solidaridad, por no ser posible determinar la proporción o el grado en que la conducta de cada uno ha sido determinante de los vicios ruinógenos.

COMENTARIO

El que resulta ser sólo promotor no lleva a cabo por sí actos de edificación, es decir, que no materializa el proceso constructivo, si bien lo idea, lo controla, administra y dirige, a fin de incorporar al mercado la obra hecha. De ahí que de admitir esta tesis —no ser los promotores responsables—, nunca procedería exigirles responsabilidades, y el artículo 1.591 actuaría como escudo protector, en vez de cumplir su finalidad de tutelar los derechos de quienes resultan perjudicados por la obra mal realizada, según las reglas edificativas. Visto esto, decir que la evolución de la jurisprudencia tiende a aplicar la tutela judicial efectiva para amparar a la parte contractual más débil, que por regla general son los adquirentes de viviendas, en la mayoría de los casos a costa de un gran esfuerzo económico y sus derechos no decaen por el hecho de no haber contratado con los constructores o por no haber puesto reparos en el momento de recepción, pues el promotor *realiza* las obras en su indicado beneficio y con destino al tráfico, mediante venta a terceros y éstos confían en su prestigio profesional y, por ello, no deben ser defraudados. Es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y constructores, y estas actuaciones ya determinan que procede su inclusión en el artículo 1.591, pues ha de evitarse el posible desamparo de los futuros compradores frente a la mayor o menor solvencia de los intervinientes en la construcción, y en el caso que nos ocupa se establece como hecho probado que no cabía la individualización de los que resultaron condenados.

CONGRUENCIA. ARTÍCULOS 1.591, 1.596 y 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Teófilo Ortega Torres.

Antecedentes.—La demanda se funda básicamente en la ejecución deficiente de la parte de obra realizada que da lugar a graves defectos en su resultado, y también en la suspensión de las obras que viene ejecutando la subcontratista. También existen desacuerdos sobre la determinación de las obras contratadas.

Doctrina.—La sentencia es constante al determinar que lo decisivo es que haya una exacta correlación entre lo pretendido en la demanda y la parte dispositiva de la sentencia para resolver la cuestión controvertida. Además, la Sala viene a recoger que en ningún caso se debe exigir una literal y exacta sumisión del fallo a las pretensiones sustanciales de los contendientes y aplica los principios *mihifactum, ego dabo ius e iura novit curia*. Y es que en el desarrollo del motivo se parte de que, pretendiéndose en la demanda la resolución del contrato de arrendamiento de obra celebrado por la demandante, además de invocarse el artículo 1.124 del Código Civil también lo son los artículos 1.591 y 1.596 del mismo, pero como la recurrente entiende que no se halla legitimada pasivamente, viene a sostener que debía aplicarse el artículo 1.591 en vez del 1.124. En realidad, la Sala tiene declarado que no exime de responsabilidad la circunstancia de que se encomiende la ejecución de la obra a otro contratista, pues el artículo 1.596 del Código Civil hace responsable al contratista del trabajo efectuado por las personas que ocupare

en la obra y que dicho precepto se refiere a la responsabilidad del contratista frente al dueño de la obra por los trabajos que realicen las personas que emplee, no excluyéndose a los subcontratistas, alcanzando a los daños y perjuicios por causa de deficientes ejecuciones. También se alega que en el supuesto que se produzcan defectos o daños en la obra ejecutada y no se hubiesen contratado los servicios de un técnico se produce una negligencia por parte del dueño de la obra.

COMENTARIO

La idea que se desgaja de la presente litis es la de que si en el presente supuesto el contratista actúa con conocimiento de que un director de obra no interviene efectivamente en la misma, faltándole la garantía que implica esta precisa dirección, entonces el contratista asume esta función generándose un comportamiento culposo en su actuación por la no exigencia de la intervención técnica. Además, se tiene en cuenta en nuestra litis que si la demandada inició las obras y subcontrató con otras empresas especializadas la ejecución de algunas antes de ser designado el arquitecto técnico, ello es responsabilidad exclusivamente suya, pues nada advirtió a la comunidad actora, que lo designó con posterioridad. Es sin duda exigible que empresas dedicadas a estas actividades conozcan la normativa legal y participen al dueño de la obra la necesidad de la intervención de determinados técnicos si ésta se hubiere omitido, siendo por el contrario disculpable que quien ha encargado la obra confié en que ésta se realiza debidamente, por lo que deviene absolutamente inaceptable que, siendo la demandada la ejecutante de la obra o los subcontratistas lo haga sin la preceptiva intervención técnica y trate de desplazar su responsabilidad al demandante dueño de la obra que ha sufrido los daños y perjuicios consecuentes a una ejecución defectuosa, lo que contradice la buena fe contractual.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. CONTRATO DE ADHESIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—En la demanda formulada por «Restauración de Centros Comerciales, S. A.» (Receco) contra «Promotora de Hipermercados, S. A.» (Pryca), y otros dos codemandados absueltos, se sostiene que el contrato firmado entre las dos sociedades indicadas, demandante y demandada, contiene una cláusula de exclusividad, prohibiendo a la última destinar cualquier otro local del centro comercial, aparte del arrendado a dicha actora, a Bar, Cafetería o Restaurante, entendiéndose que en la fecha del contrato debían quedar incluidos en la triple denominación cualquier negocio en el cual, además de bebidas, se expidiesen al público mediante precio para su consumición en el mismo local, aperitivos, tapas, raciones, bocadillos, u otros alimentos, quedando encuadrada como cafetería al establecimiento en el que se expenden «hamburguesas». En la contestación a la demanda se negaba la existencia de derecho alguno en exclusividad por parte de la actora y se negaba que el objeto del acuerdo celebrado entre las partes afectase a todo el ámbito del

negocio de hostelería, ni tampoco a todo el ámbito de la restauración, pues el único negocio autorizado y explotado por la autora era estrictamente el de Bar Cafetería, que la demanda estima muy diferente y que no comprende el de «hamburguesería».

Doctrina.—La Sala, tras advertir la evidente contradicción existente entre las cláusulas, hace expresamente constar que la definición y compromiso del destino del local convenido en este contrato, no implica en forma alguna, beneficio o reserva de exclusividad para el arrendatario, sino que, por el contrario, el arrendador o de quien él pueda tener causa, podrá destinar otro u otros locales del centro comercial, cualquiera que sea su superficie, a la misma o similar actividad comercial, además el propietario se compromete a no destinar a Bar, Cafetería o Restaurante ningún otro local del centro comercial o de sus partes comunes a excepción del de el presente contrato. La sentencia indaga sobre «el reconocimiento de la voluntad común contractual», lo cual evidentemente se ajusta al artículo 1.281 y a la doctrina jurisprudencial conforme a la cual los criterios interpretativos legales no son excluyentes, y el medio hermenéutico, denominado de la totalidad, se haya expresamente reconocido en el artículo 1.285 del Código Civil. Así, por un lado, el artículo 1.285 propone que en el método interpretativo a seguir se atienda al contrato en su conjunto, o con otras palabras, se proceda a realizar una interpretación sistemática del mismo. Proscribe la interpretación aislada de cada cláusula abstrayéndola de su contexto. Por ello establece que las cláusulas de los contratos «se interpreten unas por otras», con utilización, en definitiva, de un sentido relacional para el que es indispensable el examen global del contrato, y la consideración de sus cláusulas en atención a sus conexiones con las demás, de manera que si surgen dudas, puedan éstas resolverse con el auxilio de su posición y función dentro del conjunto. La Sala llega a la conclusión interpretativa, racional y lógica, de la existencia de exclusividad en la relación arrendaticia a favor de la sociedad demandante, y también a la racional delimitación en el tiempo del citado pacto de exclusividad, que no sería un pacto a perpetuidad, sino mientras dure el contrato de arrendamiento entre las partes, sin que pudiera existir ninguna duda al respecto: el plazo de duración de la exclusividad debería ser el mismo que el de la relación arrendaticia dentro de la cual se había otorgado, sin que el hecho de que un contrato de arrendamiento se pueda haber prorrogado por imperativo de la Ley y en determinados supuestos signifique que sea un contrato indefinido en el tiempo. Y sin que pueda tomarse en ningún momento en consideración la pretendida compatibilidad alegada por el recurrente de prestaciones existentes entre una Cafetería y una Hamburguesería, en el mismo centro comercial ampliado, pues en ambos, como expresa la sentencia pueden obtenerse por sus eventuales clientes idénticas prestaciones, con el particular añadido de que el contrato en la cláusula adicional primera que esgrime a su favor la demandante, no limita la exclusividad a Cafetería y Bar, sino que la extiende a Restaurante, siendo la Hamburguesería una modalidad de éste. La misma solución jurisprudencial se produce en supuesto análogo, en sentencia de esta Sala, de 19 de abril de 2002, al tomar en consideración que en Estatutos de Comunidades de Propiedad Horizontal relativas a Centros y Galerías Comerciales, se introducen frecuentemente limitaciones de exclusividad explotada ora a favor de los arrendatarios, o de los copropietarios, con la intención, por una parte, de integrar distintos tipos de negocios para completar los servicios a los

clientes, y, por otra, de evitar la duplicidad de puestos o tiendas similares dentro del mismo recinto. Por otro lado, el artículo 1.283 del Código Civil, constituye únicamente una de las reglas de interpretación de los contratos para fijar el sentido y alcance de las declaraciones de voluntad que aquellos engloban, no conteniendo canon o principio sobre valoración de prueba impuesta al juzgador, que éste deba acatar, aun en contra de su propio y personal criterio. Así, los artículos 1.281 y 1.283 del Código Civil, en cuanto sancionan el principio de interpretación literal de las cláusulas contractuales y que deben encontrarse en un contrato y casos diferentes sobre los que los interesados no vedan ni pueden vedar a los Tribunales de Instancia la posibilidad de llegar por un análisis conjunto y sistemático de varias estipulaciones determinantes de las recíprocas pretensiones de los intervinientes en el negocio jurídico, a fijar el alcance de tales prestaciones. Además, la sentencia recurrida en ningún momento declara que el contrato en cuestión sea de adhesión, por lo que no puede existir vulneración de la doctrina y jurisprudencia configuradora de la citada figura. Por el contrario, en la sentencia se reconoce la presencia de cláusulas adicionales o añadidas por las partes al contrato previamente redactado por la arrendadora, con el fin de adecuar el mismo a la voluntad real de ambas partes, no estando en presencia de los contratos de adhesión que dimanen de la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril, sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, o en la Ley 16/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

COMENTARIO

Resulta evidente que las cláusulas contradictorias contenidas en el contrato de arrendamiento de autos no son susceptibles o aptas para producir efectos sensibles sobre la competencia en el mercado nacional y menos aún en el comunitario.

En la Ley de Defensa de la Competencia los órganos podrán considerar exentas las conductas prohibidas que por su escasa importancia no sean capaces de aceptar de manera significativa la competencia, y, más aún, cuando no puede estimarse desde ningún punto de vista como prohibida la cláusula contenida en la Disposición Adicional primera del contrato, que ha fundamentado la demanda estimada por la sentencia impugnada.

COMPRAVENTAS FRAUDULENTAS. EXIGENCIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—Los demandados transmitentes solicitan a través de la sociedad de explotación agrícola de la que eran únicos socios, responder personalmente como fiadores, una póliza de crédito hasta una determinada cantidad de dinero a devolver en dos años y con un vencimiento estipulado, siendo acreditante la Caixa, para cuyo fin facilitaron a ésta información de bienes inscritos a nombre de los fiadores con los que, en su caso, responder a dicho préstamo, bienes cuya relación incorporaron a la solicitud y en la que figuran

quinces fincas rústicas y urbanas. Antes del vencimiento del préstamo y por impago de cuotas, fueron ejecutadas por la entidad prestamista que obtuvo mandamiento de ejecución el 2 de diciembre de 1993. Requeridos de pago los deudores en 27 de diciembre de 1993, señalan para embargo los bienes inmuebles referidos. Emitido por el Juzgador mandamiento de embargo al Registro de la Propiedad, de las quince fincas, doce habían sido transmitidas en fecha 27 de agosto de 1993 a sus hijos a título supuestamente oneroso.

Doctrina.—La denegación de la acción rescisoria se basa en la existencia de bienes no perseguidos, bienes que ni fueron puestos de manifiesto por los deudores cuando se les requirió de pago. Y es que, ante esa realidad constatada por la instancia, es bien convincente compartir que se han observado las exigencias que, acerca de la discutida subsidiariedad de la acción rescisoria entablada, prescribe el Código Civil en el triple articulado: 1.111, 1.291 y 1.294, ya que, resultaría hasta un atentado elemental el principio de economía procesal o claudicación indebida a un formalismo inadecuado que, ante esas evidencias de inexistencia de otros bienes o insuficiencia de los mismos, tuviese el acreedor fallido en sus derechos de cobro por el fraude negocial cometido por el deudor, que agota previamente un proceso judicial para que se declare esa insolvencia o falta de bienes. El ejercicio por el acreedor de dicha acción no implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo, pues se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción, cuando, como en autos, ello se desprende de una situación doblemente constatada de tal insolvencia, tanto por la falsa información de los bienes que ofrecieron los deudores y, sobre todo, por la insuficiencia de los que, de signo inmobiliario o semovientes, se valoraron por la recurrida.

COMENTARIO

Es clara la premisa del presente iter procesal, la cual se circunscribe a la exigencia de subsidiariedad cuando de los hechos objetivos se deduce racionalmente la demostración de la carencia de bienes sin que se precise una persecución real de todos y cada uno de ellos con resultado infructuoso.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

CULPA EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS POR PARALIZACIÓN DE OBRAS. ABUSO DE DERECHO: DERECHO A LITIGAR. ES IMPROCEDENTE. SUSPENSIÓN POR DEMANDA INTERDICTAL DE OBRA NUEVA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MARZO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía a instancia de los propietarios de dos pisos sitos en un inmueble de la

ciudad de Sevilla, contra el propietario de otra vivienda sita en el mismo inmueble. Se solicita en la misma que se condene al demandado a abonar una indemnización de daños y perjuicios provocados por la paralización de las obras en los pisos propiedad de los demandantes, y a que se declare el derecho a continuar las obras que han sido suspendidas.

Los demandantes adquirieron los pisos a los que se hace referencia en noviembre de 1993. El destino de los mismos era instalar las oficinas de farmacia que estaban ubicadas en otro lugar. El motivo del traslado es porque la oficina actual tenía que ser cerrada, por resolución judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

El demandado adquirió la vivienda en diciembre de 1993, esto es, un mes después que los actores.

Los demandantes solicitaron para el cambio el preceptivo permiso de traslado al Colegio Oficial de Farmacéuticos. El traslado se autorizó el 12 de abril de 2004. Contra esta Resolución, una farmacéutica, que tenía una farmacia cerca, interpuso recurso, si bien fue desestimado porque se guardaba la distancia mínima exigible en la normativa aplicable a los traslados farmacéuticos.

En enero de 1994, la farmacéutica y su esposo compraron otro piso en el inmueble de referencia. El esposo de la farmacéutica y el demandado habían sido compañeros de trabajo.

El demandado, el 19 de enero de 1994, presentó un interdicto de obra nueva contra los demandantes en este procedimiento con el objeto de paralizar las obras que los demandantes estaban realizando. El interdicto prosperó en primera instancia y fue ratificado por la Audiencia. La paralización se produjo el 29 de abril de 1994.

El demandado y el esposo de la farmacéutica fueron los únicos propietarios que se opusieron a la ejecución de la obra, dando su consentimiento el resto de los vecinos en la Junta de Propietarios que tuvo lugar el 19 de febrero de 1994. Ambos residen en otros inmuebles sin que ninguno de ellos haya ocupado las viviendas de las que son propietarios en el inmueble de constante referencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Se interpuso recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, siendo su parte dispositiva del tenor literal siguiente: «Que acogiendo, en parte el recurso de apelación por el Procurador (...) debemos revocar y revocamos dicha Resolución y en su lugar dictamos otra, por la que estimando en parte la demanda planteada por los expresados actores, debemos declarar y declaramos el derecho de los demandantes a continuar las obras suspendidas por el procedimiento de interdicto de obra nueva seguido (...), condenando a dicho demandando a estar y pasar por dicha declaración, así como a que abone a los demandantes, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad que en el trámite de ejecución de sentencia se determine.

El recurso de casación se formula sobre la base de varios motivos. El primero al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC (1881), por incidir en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, causando indefensión a esta parte y conculcando lo establecido en los artículos 24.1 de la CE, 359 de la LECvi y el 1.253 del Código Civil. El segundo al amparo del mismo precepto sobre la base de la

incongruencia que supone el hecho del fallo de la sentencia de la Audiencia, conceda más de lo que solicita en el suplico del escrito de demanda. Y por la vía del número 4 del precepto de constante referencia, por aplicación del artículo 7.2 del Código Civil, habida cuenta que la sentencia de la Audiencia, haciendo supuesto de lo que es cuestión, entiende que mi representado lo que «pretendido con su actuación ha sido dañar mediante el ejercicio anormal de sus derechos dominicales».

El TS entra a analizar primero el motivo 3.º —existencia o no de mala fe de quien interpuso el interdicto—, considera que sí existe el motivo de recurso, y le da la razón al recurrente en casación, sin entrar por tanto en los otros dos motivos de recurso. Es lógico que no entre en los motivos 1.º y 2.º del recurso, puesto que el 3.º hace referencia a la concurrencia del requisito básico para conceder indemnización —la mala fe—, y sólo si ésta existiese podría entrarse en los otros dos motivos, puramente procesales, que hacen referencia a que si los demandantes pidieron una indemnización concreta de una cuantía específica, la Audiencia no podía dar otra cosa distinta, que es lo que sería si se dejara la cuantificación de la indemnización para ejecución de sentencia.

El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, si bien parcialmente, dejando sin efecto el pronunciamiento por el que se condena al recurrente a indemnizar a los actores en los daños y perjuicios que se dicen causados. El razonamiento que el TS hace sobre este tema es objetivamente lógico, ya que, cabe indemnización por los daños causados por un interdicto que finalmente se revoca, pero la indemnización no puede darse de forma automática por el mero hecho de que, concedido inicialmente un interdicto después se revoque en el declarativo posterior. Esta acción resarcitoria ha de declararse de forma excepcional. Para ello, ha de analizarse si la acción interdictal es «infundada», y ello se debe desprender, no de las pruebas practicadas en el declarativo, sino de las actuaciones del interdicto, y no puede decirse que exista temeridad en quien pide un interdicto si resulta que le dieron la *razón* en primera y en segunda instancia.

Parece que el TS exige la concurrencia de dos requisitos distintos:

- Acción de interdicto «infundada» respecto de la cual hay que analizar el pleito del interdicto, y ninguna influencia tienen las pruebas practicadas en el declarativo, como pone de manifiesto al referirse a la STS de 3 de julio de 1997 que dice: «*La evidencia de estarse ante una acción interdictal, clara o manifiestamente infundada, ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal*». Estimada en ambas instancias la acción interdictal impide plantearse que estemos en presencia de una acción infundada.
- En cuanto al requisito de la mala fe y abuso del derecho del actor interdictal, sí admite prueba en el plenario, y sólo puede tomarse en consideración lo practicado en el plenario. Hace alusión la Sala a los presupuestos necesarios para que exista mala fe, argumenta:

«Después de referirse a los requisitos esenciales que configuran el abuso del derecho: a) una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la Ley debe privar de protección, b) una actuación extralimitada que produzca efectos dañinos, c) que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que puede plantear una pretensión de cesación e indemnización, dice la sentencia de 6 de

febrero de 1999 que "dentro del área del concepto del abuso del Derecho existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente 'abuso del Derecho y derecho a litigar', y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del Derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifestadamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado derecho a litigar; en otro aspecto, es de si el litigante a quien se ha producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que puede ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil".

Es cierto que el demandado, demandante interdictal, está amparado para interponer cuantas acciones considere oportunas en defensa de sus intereses. Y que además su acción prosperó en ambas instancias, y que debido a ello no se puede considerar que objetivamente no haya una causa justa para litigar.

El derecho subjetivo atribuye a su titular un poder de actuación para satisfacer su propio interés, interés que puede ser de carácter patrimonial o no. Es patente que un acto realizado en el ejercicio de un derecho es lícito y justo, por lo que esta actuación tendrá como consecuencia la exclusión de responsabilidad en el supuesto de que se dañe a un tercero.

Como pone de manifiesto DE ÁNGEL YAGÜEZ (1), «la noción del abuso del derecho es producto de un proceso de análisis que se remonta a la Edad Media (2). El estudio de sus antecedentes encuentra su interés en la dificultad de definir qué es abuso del derecho, del que se ha dicho que constituye un concepto «válvula» o un «concepto jurídico indeterminado» llamado a ser instrumento de control, enunciado formalmente pero no definido, y que por ello puede llenarse peligrosamente de contenidos muy diversos...».

Los antecedentes más próximos del abuso del derecho son relativamente recientes, posteriores a la codificación, hecho que supone un retraso de la figura en la incorporación a los Códigos. Surge de la jurisprudencia francesa que a mitad del siglo XIX se encuentra con una serie de supuestos en los que determinados propietarios de fincas, dentro de su propiedad, realizaban actos (por ejemplo, generar humos), con la sola intención de causar daño al vecino, se pone de manifiesto la intención de dañar. Se vieron, por lo tanto, obligados a buscar una solución que pusiera freno a esa situación.

La construcción jurisprudencial española se remonta a una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente CASTÁN. Afirma la citada sentencia: «Incurrir en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspaasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y buena fe con daños para terceros o para la sociedad». Continúa la sentencia estableciendo los elementos que son necesarios para que se considere que se

(1) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 7 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 57.

(2) Se conocían como «actos de emulación», actos que se realizaban en el ejercicio de un derecho, pero que no suponían ningún beneficio para el que los realizaba. Como ejemplo clásico se conoce el envenenamiento de las flores del huerto propio con la intención de que mueran las abejas del vecino.

está ante un supuesto de abuso de derecho. Esta tesis había sido acogida también por la doctrina. Elementos o requisitos necesarios por la jurisprudencia son los siguientes:

1. Uso de un derecho objetiva o externamente legal.
2. Daños a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
3. Acción antisocial, ya sea porque se ha hecho intencionadamente para perjudicar sin una finalidad, o simplemente por un exceso en el ejercicio.

De los Fundamentos de la sentencia objeto de análisis se desprende claramente que el demandando, amigo de la farmacéutica que interpuso un recurso para que no concediesen licencia a los demandantes, adquirió una vivienda en la misma finca, sin intención de habitar en la misma y con la sola finalidad de causar daño. Cada hecho en sí mismo considerado es perfectamente lícito y está dentro de cada uno de los derechos de los que es titular el demandado: *a)* adquirir una vivienda, *b)* oposición a una concesión que la Comunidad había dado, y *c)* interponer un interdicto de obra nueva en el edificio al que pertenece la vivienda. Sin embargo, sí se puede afirmar que todos los actos fueron encaminados a dañar a un tercero, con un interés del beneficio para una conocida.

Estrictamente no se dan los requisitos del abuso del derecho, pero sí los relacionamos con lo preceptuado en el artículo 7.1.º: *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*, desde un punto de vista objetivo sí se puede considerar que el demandado no ha actuado con buena fe. ¿Cuándo se puede considerar que el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe? Cuando ese derecho se ejercita de forma indigna y traicionera de acuerdo con las reglas socialmente consideradas, atendiendo a principios que están implícitos en el ordenamiento jurídico.

Quizá atendiendo a estos criterios de conciencia social y reglas que inspiran el ordenamiento, la Audiencia consideró que las obras debían continuar, y de alguna manera corrobora este hecho, la actitud del recurrente que no solicita que sobre la base del proceso interdictal continúe la paralización de las obras.

JUANARUIZJIMÉNEZ

CULPA EXTRACONTRACTUAL. ATENTADO AL PRESTIGIO PROFESIONAL DE PROCURADOR. INCLUSIÓN DEL PRESTIGIO PROFESIONAL DENTRO DEL ÁMBITO EXTERNO DEL HONOR. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA.—NO EXISTE EN UNA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CONTRA UN PROCURADOR CUANDO HABÍA UNA APARIENCIA FUNDADA DE NEGLIGENCIA PROFESIONAL, SI BIEN LA RESOLUCIÓN JUDICIAL RESULTÓ ABSOLUTORIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—Don Manuel R. S., don Jesús T. A. y la entidad Silvosa, S. L., interponen una demanda judicial contra don Francisco (Procurador de

los Tribunales) por negligencia profesional, descalificándole en sus actuaciones. En dicho proceso recayeron sentencias absolutorias del Juzgado y de la Audiencia.

Don Francisco considera que se ha producido un ataque a su honor y reputación que le afectan al prestigio profesional. Por lo que promueve una demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, por daños morales por el ataque a su honor externo u objetivo con afectación de su prestigio profesional contra don Manuel R. S., don Jesús T. A. y la entidad Silvosa, S. L.

El actor solicita que los demandados abonen por vía de indemnización de forma solidaria, la cantidad de cuatro millones trescientas veintitrés mil novecientas dos pesetas (4.323.902 ptas.), y publiquen a su costa la sentencia definitiva en el diario de mayor circulación de esta ciudad y que sea remitido testimonio de la misma al señor Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de esta población con imposición de todas las costas por su manifiesta temeridad y mala fe.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santiago de Compostela, en sentencia de 16 de marzo de 1995, estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados (don Manuel R. S., don Jesús T. A. y la entidad Silvosa, S. L.) a que solidariamente satisfagan al actor la suma de 4.323.902 pesetas, sin especial pronunciamiento en costas.

En apelación, la Audiencia Provincial de La Coruña (sección cuarta) en sentencia de 18 de marzo de 1998, estimó el recurso de los demandados, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y en consecuencia, desestimando la demanda del señor Francisco S. V. y absolviendo a los demandados, todo ello con imposición de las costas procesales de primera instancia al actor, no haciéndose mención especial a las de alzada.

El Procurador don Francisco S. V. interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar.

Doctrina.—El recurso de casación interpuesto por el Procurador don Francisco S. V. se articuló en dos motivos:

El primero, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC alega infracción de los artículos 7.1 y 1.258, ambos del Código Civil, se razona que si bien en el inicio del planteamiento del proceso, cuando se efectúa la imputación de negligencia profesional al señor Francisco S. V. la tutela pretendida estaba fundada en una apariencia de buen derecho, una vez acreditada mediante la prueba caligráfica que las firmas de las notificaciones no son del mismo, desde entonces no puede ser acusado de negligencia profesional, por lo que lo que los demandantes debieron haber desistido, y al no hacerlo infringieron el principio de buena fe a que alude el artículo 7.1 del Código Civil, ya que «nadie puede exigir que el contrato de servicios concertado con el Procurador, artículo 1.258 del Código Civil, tenga que cumplirse contrariando las consecuencias que son conformes a la buena fe para pedirle responsabilidades por resoluciones judiciales que no han llegado nunca a su conocimiento». El mantenimiento de la acción —resume el recurrente— revela la índole de la intromisión ilegítima que se produce en su prestigio profesional.

El motivo se desestima porque el planteamiento del mismo supone un cambio respecto del que constituye objeto del proceso, y sobre todo porque no concurre afectación alguna al principio de la buena fe como límite intrínseco del ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7.1 del Código Civil), ni como parámetro integrador del contenido contractual (art. 1.258 del Código Civil).

Ninguna exigencia jurídica imponía a la parte demandante desistir del procedimiento o renunciar a la acción ejercitada, por el hecho de que de la prueba pericial caligráfica cupiere deducir la falta de concordancia de las firmas contrastadas, pues, suscitado el proceso, la apreciación relevante es la judicial y no la pericial.

No es fácilmente entendible que ante la situación producida por el proveído judicial de 4 de julio de 1991, por el que se requirió de apremio a los ejecutados, no se hubiera producido una solicitud de información por parte de los mismos al Procurador, pero tampoco es fácilmente comprensible que éste no estuviera al tanto del estado del procedimiento, singularmente habida cuenta que se había producido un trasvase de las actuaciones de un Juzgado a otro.

Pero, producido aquel requerimiento, y ante la apariencia de una pasividad del causídico, no puede extrañar la formulación de la demanda y la evidente necesidad de una resolución judicial que aprecie la existencia de una suplantación. Si como consecuencia de ello se ha producido un demérito para la reputación profesional del recurrente (lo que sólo se indica a los efectos meramente dialécticos) no cabe hacer ningún reproche de ilicitud a quien decide reclamar judicialmente una indemnización satisfactiva del perjuicio sufrido, y mantiene la pretensión hasta que se dicte una decisión judicial corroboradora del informe pericial emitido en el proceso.

En el motivo segundo se alegan como infringidos los artículos 18.1 CE y 7.7, 9.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. El motivo se desestima porque ni el planteamiento del presente proceso fue el adecuado para que puedan considerarse infringidos los preceptos del enunciado del motivo, ni existe intromisión ilegítima en el honor del demandante recurrente.

«Respecto del primer aspecto son concluyentes los términos de la demanda y de las sentencias de instancia en las que claramente se expresa que la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual por atentado al prestigio profesional con fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil, lo que no se desvirtúa por una vaga referencia o alusión al honor. Por consiguiente, si el planteamiento jurídico efectuado en el proceso no se corresponde con los preceptos del enunciado, no cabe denunciar la infracción de estos por inaplicación.

Pero aunque cupiere entender que hubo aquel planteamiento, de significar que no cabe deducirlo de la resolución de esta Sala admitiendo el recurso de queja contra la denegación por la Audiencia de la preparación de la casación —que tiene valor a otros efectos y no vincula en este momento procesal—, y nada obstaba a ello, pues al tiempo de la demanda (año 1994) ya era conocida la doctrina jurisprudencial que admitía la inclusión del prestigio profesional en el honor (SSTC de 14 de diciembre de 1992 y TS de 11 de noviembre de 1992), en cualquier caso no ha habido intromisión ilícita en el mismo.

Dice la STC de 14 de diciembre de 1992 que el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor; y reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 25-3 y 20-12-1993; 24-5-1994; 12-5-1995; 16-12-1996; 20-3, 21-5, 24-7, 10-11 y 15-12-1997; 27-1, 27-7 y 31-12-1998; 22-1-1999; 15-2 y 26-6-2000; 30-9-2003 y 18-3-2004) aprecia dicha inclusión.

El prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que, desde luego, tiene repercusión en el ámbito social (sentencia de 22 de

enero de 1999), forma parte de este marco externo —el de la trascendencia— en que se desenvuelve el honor (sentencia de 31 de diciembre de 1998 y 18 de marzo de 2004), aunque la jurisprudencia exige, para que el ataque al mismo integre además una transgresión del honor, que revista un cierto grado de intensidad (sentencia de 15 de diciembre de 1997)...».

COMENTARIO

Los hechos que motivan la sentencia que comentamos son peculiares y derivan de las vicisitudes de un procedimiento de ejecución civil y de otro de responsabilidad civil profesional del procurador planteado en virtud del primero.

Por dos Juzgados de 1.^a Instancia de Santiago (como consecuencia del trasvase de las actuaciones de un Juzgado a otro), se dictaron, en el trámite liquidatorio de una indemnización de daños de una ejecución de sentencias, sendas Providencias, por las que se acordaba el traslado a la parte ejecutada Silvosa, S. L., de la relación de daños presentada por el ejecutante, cuyas resoluciones, según resultaba de los procedimientos, se notificaron al Procurador de la ejecutada don Francisco [demandante y recurrente en casación], y lo mismo ocurrió con el Proveído del 4 de julio de 1991.

Ante la inactividad de la parte ejecutada, se confirmó la relación presentada por la ejecutante por importe de 4.323.902 pesetas, y se acordó apremiar a la ejecutada Silvosa, S. L. y requerir a sus gerentes —don Manuel R. S. y don Jesús T. A.—, habiendo procedido por este último a consignar en un Banco la suma objeto del requerimiento.

Seguidamente, y sin ponerse en contacto con el Procurador don Francisco, que ostentaba la representación en el pleito, ni con el Letrado, la entidad Silvosa, S. L. interpuso demanda de responsabilidad civil por negligencia profesional contra el citado causídico y el abogado (menor cuantía núm. 44 de 1992 del Juzgado de 1.^a Instancia, núm. 3). Demanda que terminó con sentencias absolutorias del Juzgado y de la Audiencia, constituyendo fundamento determinante la falta de autenticidad de las firmas atribuidas al Procurador en las notificaciones, las que se consideran objeto de suplantación.

Por todo ello, el citado Procurador considera que se ha atentado contra su honor y prestigio profesional y reclama a los demandados una indemnización en concepto de daño moral, así como la publicación de la sentencia en la que se le absuelve de negligencia profesional en el diario de mayor circulación de la ciudad y que sea remitido testimonio de la misma al señor Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de esta población.

En el primer motivo del recurso de casación se denuncia por el actor infracción del principio de buena fe como límite intrínseco del ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7.1 del Código Civil) y como parámetro integrador del contenido contractual (art. 1.258 del Código Civil), por entender que no es conforme a la buena fe pedirle responsabilidades por resoluciones judiciales que nunca llegaron a su conocimiento.

Se razona, que si bien cuando se interpone la demanda por negligencia profesional contra el señor Francisco, S. V., ésta está fundada en la apariencia de buen derecho, ya que a primera vista, las firmas de las notificaciones, por las que se acordaba la relación de daños presentado por la ejecutante, eran del Procurador, sin embargo, mediante la prueba caligráfica, se probó que las

firmas no eran de él, y que había sido suplantado (recuérdese que se dictaron en el trámite liquidatorio de una indemnización de daños de una ejecución de sentencia, sendas Providencias cuyas resoluciones, según resultaba de los procedimientos, se notificaron al Procurador).

El actor mantiene que, desde que se hizo la prueba caligráfica, los demandantes debieron desistir del procedimiento o renunciar a la acción, al no poder ser acusado de negligencia profesional en el desempeño de su contrato de servicios.

El motivo fracasa porque, como sostiene el Tribunal Supremo, el planteamiento del mismo supone un cambio respecto del que constituye el objeto del proceso. Comparto la opinión del Tribunal Supremo al fundamentar que los demandantes, ante la apariencia de pasividad del causídico pretenden, mediante la demanda de responsabilidad civil profesional, satisfacer su interés pecuniario, por considerar que inactividad del representante procesal posiblemente negligente les ha producido un daño. Los demandantes no deben renunciar a la acción por el solo hecho de que de la prueba pericial caligráfica cupiere deducir la falta de concordancia de las firmas contrastadas. Tampoco puede decirse que existe infracción del principio de buena fe porque, una vez iniciado el procedimiento, deseen acabarlo con una resolución judicial que aprecie la existencia de suplantación.

Otra cosa diferente es, si como consecuencia de estas actuaciones, se ha producido un demérito para la reputación profesional del recurrente. ¿Si ha de entenderse que con la demanda por negligencia profesional de un Procurador no se puede atentar contra la reputación y prestigio profesional de ese operador del derecho? Por nuestra parte entendemos que este aspecto es de gran interés y sobre él volveremos más tarde.

Importa ahora señalar que en el segundo de los motivos de casación alega infringidos los artículos 18.1 de la Constitución Española y los artículos 7.7, 9.2 y 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se desestima porque ni el planteamiento del presente proceso fue el adecuado para que puedan considerarse infringidos los preceptos del enunciado del motivo, ni existe intromisión ilegítima en el honor del demandante recurrente.

Sostiene el Tribunal Supremo que: «Respecto del primer aspecto son concluyentes los términos de la demanda y de las sentencias de instancia ...en que se expresa que la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual por atentado al prestigio profesional con fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil, lo que no se desvirtúa por una vaga referencia o alusión al honor. Por consiguiente, si el planteamiento jurídico efectuado en el proceso no se corresponde con los preceptos del enunciado, no cabe denunciar la infracción de estos por inaplicación.

No obstante, sigue afirmando el Tribunal Supremo, aunque cupiere entender que hubo aquel planteamiento, a cuyo efecto es de significar que no cabe deducirlo de la Resolución de esta Sala admitiendo el recurso de queja contra la denegación por la Audiencia de la preparación de la casación —que tiene valor a otros efectos y no vincula en este momento procesal—, y nada obstaba a ello, pues al tiempo de la demanda (año 1994) ya era conocida la doctrina jurisprudencial que admitía la inclusión del prestigio profesional en el honor (SSTC de 14 de diciembre de 1992 y TS de 11 de noviembre de 1992), en cualquier caso no ha habido intromisión ilícita en el mismo».

¿Hubo una intromisión en el honor del Procurador que afectó y repercutió negativamente en su prestigio profesional?

Conviene recordar, como con acierto destaca SALVADOR CODERCH (1), que: «existe una dirección jurisprudencial según la cual... la difamación que afecta al prestigio profesional del actor permite sólo el ejercicio de la acción genérica de responsabilidad civil, ex artículo 1.902, en el procedimiento ordinario que corresponda pero no en el privilegiado al que remite la LO 1/1982..., tesis que en su opinión resulta más que discutible..., junto a esta corriente jurisprudencial hay otra ...que recoge la doctrina que distingue dos aspectos del derecho al honor: el subjetivo (autoestima) y el objetivo (integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad) abarcando este último el marco *externo y por ende profesional*».

También, en este sentido, afirma YZQUIERDO TOLSADA (2), citando copiosa jurisprudencia, «que en numerosas ocasiones el TS entendió que el prestigio profesional debía encontrar su protección en el molde común del artículo 1.902 del Código Civil..., pero sobre todo alrededor de los primeros años noventa hubo un notable cambio de criterio, pudiéndose encontrar numerosas resoluciones posteriores en la que el honor profesional se ha debatido y resuelto al amparo de la LO 1/1982».

En concreto la sentencia de 18 de noviembre de 1992 del Tribunal Supremo, «dio un giro a la cuestión, al afirmar que si el ataque al prestigio profesional es de tal intensidad que, además, integra una transgresión al honor, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor».

Tímidamente, ya la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1992, señala que: «conviene precisar que no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, ...Pero ello no puede llevarnos a negar rotundamente, como se hace en cambio en la sentencia del Tribunal Supremo impugnada, que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación, la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona».

Y cada vez, con mayor rotundidad, se expresa el Tribunal Constitucional en el sentido de considerar que el prestigio profesional forma parte del honor, así la propia Sala, en la sentencia que comentamos, recoge la conocida sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1992, que mantiene que el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor, así como reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 25-3 y 20-12-1993; 24-5-1994; 12-5-1995; 16-12-1996; 20-3, 21-5, 24-7, 10-11 y 15-12-1997; 27-1, 27-7 y 31-12-1998; 22-1-1999; 15-2 y 26-6-2000; 30-9-2003 y 18-3-2004) que aprecia dicha inclusión.

También, en este sentido, pueden verse las sentencias de 11-10-1999, 7-5-2000, 27-11-2000, 21-9-2003 del Tribunal Supremo.

(1) SALVADOR CODERCH, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1991», en *CCJC*, núm. 26, 1991, págs. 403-411.

(2) YZQUIERDO TOLSADA, M., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», coord.: REGLERO CAMPOS, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2003, pág. 1216.

Una vez aclarado que el prestigio profesional puede considerarse como parte integrante del honor (3), conviene plantearse en que ha de entenderse por prestigio profesional la propia sentencia comentada afirma: «El prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que, desde luego, tiene repercusión en el ámbito social» (sentencia de 22 de enero de 1999), forma parte de este marco externo —el de la trascendencia— en que se desenvuelve el honor (sentencia de 31 de diciembre de 1998 y 18 de marzo de 2004), aunque la jurisprudencia exige, para que el ataque al mismo integre además una trasgresión del honor, que revista un cierto grado de intensidad (sentencia de 15 de diciembre de 1997).

Como afirma la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1992: «El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, ... "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento". En tal aspecto parece evidente que..., hoy como ayer son la honradez e integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores. Siendo el trabajo el elemento que ha ido ganando terreno, desde una concepción servil a una consideración máxima en el orden de los valores sociales... el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal. La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio y de la familia, pues de él dependen, no ya el empleo o el paro, sino el estancamiento o el ascenso profesional, con las consecuencias económicas que le son inherentes. Esto nos lleva de la mano a la conclusión de que el prestigio en este ámbito, especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aún que en la técnica, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor».

Como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2004: «no cabe duda alguna de que la distinción entre ambas acepciones (honor y prestigio profesional) es sumamente difusa y bien difícil en ocasiones, en cuanto que, por lo general, la agresión al honor lleva consigo, o alcanza, como inherente, al prestigio del interesado, toda vez que el honor se desenvuelve en un doble marco: en el interno de la persona y su familia (inmanencia) y en el externo, que influye en el ámbito social (trascendencia), del que forma parte, indudablemente, el profesional en el que la persona desarrolla su actividad (que cita literalmente la sentencia de 31 de diciembre de 1998).

No obstante, el Tribunal Supremo considera en este caso que: «el planteamiento del presente proceso no fue el adecuado para que puedan considerarse infringidos los artículos 18.1 de la CE y 9.2 y 3 de LO de 1/1982, de 5 de mayo, son concluyentes los términos de la demanda y de las sentencias de instancia en las que claramente se expresa que la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual por atentado al prestigio profesional con fundamento

(3) Sobre el concepto de honor puede verse LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo 1, *Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 203.

en el artículo 1.902 del Código Civil, lo que no se desvirtúa por una vaga referencia o alusión al honor. Por consiguiente, si el planteamiento jurídico efectuado en el proceso no se corresponde con los preceptos del enunciado, no cabe denunciar la infracción de estos por inaplicación». Mientras que en la sentencia de 22 de enero de 1999, que planteaba un supuesto de intromisión ilegítima amparado en el artículo 1.902 de Código Civil, fue residenciado de oficio para solventar la cuestión planteada utilizando una premisa de distinta naturaleza a la empleada por la parte recurrente, con base a derechos constitucionales como son el de libertad de expresión y el derecho al honor».

Por otro lado, según el Tribunal Supremo en la sentencia que ocupa nuestra atención, «no ha habido atentado al ilícito profesional —el cual, por lo demás, no podría ser enjuiciado en casación al margen de una hipotética transgresión del honor, habida cuenta que la cuantía del proceso es inferior a seis millones de pesetas (art. 1.687.1.º LEC)—, ni intromisión ilegítima en el honor. La demanda de responsabilidad civil profesional respondió al propósito, no de descalificar al demandado, sino de obtener la satisfacción del interés pecuniario que la parte actora estimaba perjudicado por la inactividad del Procurador, con la apariencia fundada, derivada de lo que formalmente plasmaban las actuaciones procesales, de una posible negligencia del representante procesal. ... De aceptarse la tesis de la parte recurrente habría que considerar como intromisiones ilegítimas en el honor todas las demandas de responsabilidad civil profesional cuando haya recaído sentencia desestimatoria, lo que, obviamente, no es razonable y no se puede compartir».

En este punto conviene tener en cuenta qué actos deben considerarse agresiones ilegítimas, o lo que es lo mismo, cuándo un ataque al prestigio profesional puede considerarse como agresión. Para que pueda considerarse como intromisión ilegítima, tendría que tratarse de la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionasen la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

No todo ataque al prestigio profesional puede considerarse, por tanto, como una agresión ilegítima. Sólo los hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona, que excedan de la libre crítica a la labor profesional, y siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona (sentencia del Tribunal Constitucional 40/92, de 30 de marzo), pueden tenerse en consideración.

Creemos que una demanda por negligencia profesional de un Procurador, que luego resulta absoluta, atenta contra su prestigio profesional. Por lo que, para reparar sus efectos, del conjunto de medidas adoptables, al menos debería haber obtenido un pronunciamiento que diese difusión de la sentencia absoluta y remisión del testimonio de la misma al señor Decano del Ilustre Colegio de Procuradores, eso si no se ha podido probar que durante el período en que transcurrió el juicio ha perdido clientela, con el perjuicio económico que ello conlleva, o el daño moral que, durante el proceso, ha sufrido poniendo en duda su fama y reputación en su entorno profesional.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

3. URBANISMO

POR EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

ANOTACIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ADQUISICIÓN ORIGINARIA DE FINCA POR MONETARIZACIÓN DE LA CESIÓN DE APROVECHAMIENTO AL AYUNTAMIENTO, Oponibilidad de Tercero y Subrogación Real en la Reparcelación. (AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

AUTO de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en incidente de medidas cautelares denegando la anotación preventiva de la demanda sobre distintas fincas adjudicadas en un proyecto de compensación, en sustitución de la cesión del 10 por 100 de aprovechamiento al Ayuntamiento por haberse acordado la monetarización.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la aprobación de un Proyecto de Compensación, se solicitó, por otrosí, en el escrito de demanda, la anotación del recurso sobre diversas fincas que habían sido adjudicadas a uno de los promotores, no por aportación de ninguna otra, sino por haberse acordado la monetarización de la cesión del 10 por 100 en su favor. Antes de inscribirse el Proyecto de Compensación, el 10 de septiembre de 2003, se protocolizó ante notario la sustitución del deber de cesión de aprovechamiento en favor de la adjudicataria a cambio del pago parcial y de la entrega de unos pagarés avalados por otra compañía y el Proyecto de Compensación. Esta última, ante el mismo notario y, en ese momento, adquiriría por compraventa las fincas adjudicadas en el Proyecto de Compensación a la adjudicataria avalada por ella respecto del pago de la monetarización.

El título del Proyecto de Compensación y la escritura de compraventa se presentaron ante el Registro de la Propiedad posteriormente el 16 y el 17 de septiembre de 2003 y su inscripción tuvo lugar el 18 de diciembre de ese mismo año.

La solicitud se fundaba, entre otros argumentos, referidos a la apariencia de buen derecho, la ponderación de intereses o el ofrecimiento de caución, en la necesidad de la anotación para garantizar la posibilidad de la ejecución de una eventual sentencia estimatoria para evitar la aparición de terceros hipotecarios protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Dado traslado a la compradora, personada en los autos, que ese momento era titular registral de las fincas sobre las que se pretendía la anotación, ésta se opuso a la misma, manifestando, además de que no había apariencia de buen derecho o de que no existía amenaza para el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria, que dicha sociedad había comprado a quien aparecía en el Registro de la Propiedad con facultad de disponer y había obtenido la inscripción de su adquisición. Finalmente, también se alegaban el principio de exactitud del Registro de la Propiedad y la defensa del tercero de buena fe que se fía de lo que en el Registro consta acerca de la existencia del

derecho, de su titularidad y de su extensión, así como de las facultades para disponer de aquel derecho.

II. LA PREVIA DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE ANOTACIÓN: EL AUTO DE 18 DE JUNIO DE 2004

Tramitado el incidente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó su Auto, de 18 de junio de 2004, por el que acordó «no haber lugar a la anotación preventiva instada».

Los Fundamentos de Derecho de aquel Auto en los siguientes:

«PRIMERO... debemos partir de que el objeto del recurso lo constituye el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, de 28 de abril de 2003, por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación del Plan Parcial del Sector... condicionando dicho acto a la prestación de garantía para asegurar el pago del importe correspondiente a la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento al municipio.

Para... (la recurrente) lo que se pretende, en lo que aquí importa, es que se produzca efectivamente la cesión del 10 por 100 de los aprovechamientos para su incorporación al patrimonio público del suelo, en lugar de su equivalente económico a satisfacer por... (la adjudicataria) considerando que se ha infravalorado al transmitirlo.

La representación procesal de (la titular registral) razona que el recurso es extemporáneo, el acto de sustitución de la cesión por el equivalente económico es firme y consentido, que tiene la condición de tercero hipotecario y, además, que no son ciertos los hechos alegados por la recurrente.

Pues bien, como las fincas en las que se localizaría el aprovechamiento de cesión fueron enajenadas a..., que tiene la condición de tercer hipotecario, dicha situación impide acordar la anotación preventiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

III. EL RECURSO DE SÚPLICA Y LA OPOSICIÓN DE LOS DEMANDADOS

Disconforme con el contenido del Auto, la recurrente interpuso recurso de súplica contra el mismo que se basaba, primero, en defender la apariencia de buen derecho y la imposibilidad de ejecutar la sentencia que se dictara, si no se adoptaba la medida cautelar por la posible aparición —en ese caso sí— de terceros hipotecarios. También se fundaba, principalmente, en el hecho de que la titular registral no era en absoluto tercero hipotecario. Al respecto, se argumentaba lo siguiente:

«El Auto de 18 de junio de 2004 considera que no cabe adoptar la medida cautelar porque... (la titular registral), sería tercero hipotecario...

...(ésta) adquiere cuando el Proyecto no está inscrito, puesto que compra las fincas que debían haberse adjudicado al Ayuntamiento mediante escritura pública autorizada el día 10 de septiembre de 2003.

La presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad tuvo lugar los días 16 y 17 de septiembre de 2003, según consta en los asientos...

El título en el que se adjudicaban indebidamente las parcelas que debían ser municipales a (la sociedad vendedora), es igualmente el Acta de Protocolización del Proyecto de Compensación autorizada ... el 10 de septiembre de 2003...

La fecha de inscripción del Proyecto y la adjudicación indebida a los transmitentes es del 18 de diciembre de 2003...

...La consecuencia es que la transmisión se produce el 10 de septiembre de 2003, siendo así que la inscripción del título del transmitente no se produce hasta el 18 de diciembre de 2003, con lo cual, en la fecha de la adquisición, no se había producido todavía la inscripción del título del transmitente...

...los efectos tan enérgicos resultantes de la publicación del artículo 34 requieren, para su efectiva aplicación, una verificación puntual de todas las condiciones que el precepto indica; esto es, que la adquisición se haya realizado de buena fe, que el título sea oneroso, que el derecho de la persona que lo transmite figure inscrito en el Registro y que las causas de oponibilidad no resulten del propio Registro...

...desde luego no se cumple el requisito de que el derecho de la persona que lo transmitió apareciera en el Registro inscrito, esto es, el requisito de la previa inscripción a favor del transmitente.

En el presente caso esta condición no se da porque cuando otorgan las escrituras de venta..., el 10 de septiembre de 2003, aún no se había producido la inscripción del título del transmitente, que no tiene lugar hasta el 18 de diciembre del mismo año. Por lo tanto es evidente que cuando se firma la escritura el título no está inscrito.

El sistema registral, que opera sobre el principio de presunción de validez de los asientos, descansa en dos pilares: el de inscripción por el Registrador, en virtud del principio de legalidad, y el de la intocabilidad de los asientos mientras no se destruyan judicialmente.

Es decir, el Registrador proporciona con la práctica del asiento un juicio de legitimidad de tal calibre que el sistema registral le hace definitivo respecto del tercer adquirente.

Pero para ello, naturalmente, es esencial que este principio de legalidad haya operado mediante la práctica del asiento correspondiente, concurriendo todas las condiciones legales, entre ellas, la de la previa inscripción porque, si no se ha producido todavía, la mera existencia del título, sin su inscripción, no genera la protección del tercer adquirente, dado que es la inscripción en sí misma aquella de la que se predica la plenitud de sus efectos.

Combinado, por lo tanto, el juicio de legalidad con la inscripción y la protección a ultranza por los Tribunales del acto inscrito, la consecuencia derivada de la Ley es que el tercero tiene que haberse amparado en una situación previamente inscrita y si no se da esta condición, tampoco el tercero adquirente es un tercero hipotecario.

Pues bien, en el presente caso en que queda justificado que el tercero adquiere antes de producirse la inscripción, queda evidenciada la imposibilidad de que sea tercero hipotecario».

En su defensa, el recurrente invocaba las sentencias de 11 de mayo de 1909, 24 de octubre de 1954, 22 de noviembre de 1963, 12 de noviembre de 1970 y 21 de julio de 1993, todas ellas referidas a la ausencia de la condición de tercero hipotecario en diferentes supuestos, en los cuales, quien adquiriría no lo hacía de quien en ese momento era verdadero titular registral del objeto transmitido.

Además se argumentaba que, en el caso que comentamos, la sociedad adquirente había intervenido en el propio acto de transmisión del aprovechamiento reservado al Ayuntamiento por la Ley y las fincas adjudicadas correspondientes, avalando los pagos futuros a cuenta de tal transmisión. Todo ello con anterioridad a que se inscribiera la finca en favor de quien se la vendía al titular registral.

En oposición al recurso de súplica, la titular según el registro, volvía a alegar la ausencia de buen derecho de la pretensión de la recurrente, la posibilidad de ejecutarse la sentencia y, finalmente, que era tercero hipotecario, además, de que tenía buena fe. Para ello invocaba el artículo 100.1.b) de la Ley del Suelo de 1976 en los siguientes términos:

«...se pretenden ocultar dos reglas jurídicas absolutamente elementales. La primera de ellas predica la sucesión sin fisura alguna entre las fincas aportadas al Proyecto de Compensación y las fincas recibidas en virtud de la equidistribución. Como decía la LS/1976, en su artículo 100.1.b), el acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación (o de compensación) produce el efecto de la "subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas".

Por tanto, desde el punto de vista de los derechos reales y del régimen hipotecario, es absolutamente incierto que faltase la previa inscripción del transmitente. Cuando (la adjudicataria) transmitió a la compradora las parcelas, éstas constaban inscritas a favor del transmitente. Porque constan inscritas a favor del transmitente las fincas registrales que, en virtud del Proyecto de Compensación, sufrieron, con plena eficacia real, la subrogación de las nuevas... además aunque la inscripción del Proyecto de Compensación tuvo lugar el día 18 de diciembre 2003 (la recurrente) ... prefiere olvidarse del artículo 24 de la Ley Hipotecaria conforme al cual la fecha de inscripción para todos los efectos que ésta pueda producir es la fecha de presentación. Fecha muy anterior a la manejada por la sociedad que pretende conseguir la anotación preventiva».

Finalmente, se alegaban también la prevalencia del interés público municipal y del interés legítimo de la titular registral.

IV. EL AUTO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2004 Y SUS FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Auto de 24 de noviembre de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó su auto por el que desestimó el recurso de súplica fundada en los siguientes RAZONAMIENTOS DE DERECHO:

«PRIMERO.—Porla... (recurrente) se alega la falta de aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por cuanto que al momento de la adquisición por la actual sociedad... (titular registral), no se había producido la inscripción del título del transmitente...

Es cierto que a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hay que estar, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que la originó, con la consecuencia lógica de que no es tercer hipotecario el que adquiere de quien, según el Registro, no podía transmitirle, como lo corrobora la jurisprudencia citada por la recurrente.

Ahora bien, el recurso no puede prosperar de mantenerse el auto impugnado, ya que aunque el proyecto de compensación se inscribiera después de la transmisión de la finca, en esta materia rige el principio de subrogación real, contenida en el artículo 100.1.b) del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y, con anterioridad a la inscripción del Proyecto de Compensación (la vendedora) tenía inscrito su derecho respecto de las fincas aportadas».

Preparada casación contra el recurso, está pendiente de su remisión a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que no debe impedirnos comentar la resolución judicial dictada, analizando su fundamentación y las cuestiones doctrinales que plantea, sin perjuicio de lo que, al respecto, digan los Tribunales en relación con el recurso concreto.

V. COMENTARIOS

1. LA AUSENCIA DE SUBROGACIÓN REAL EN LA ADJUDICACIÓN DE PARCELAS POR ADQUISICIÓN DEL APROVECHAMIENTO DE CESIÓN

La subrogación real hoy día se considera un principio del Derecho, si bien a lo largo del tiempo ha sufrido una metamorfosis tanto en su concepción como en su propia naturaleza (1).

En el Derecho español la primera definición contemporánea de la subrogación real se debe a ROCA SASTRE (2), que consideraba la misma como «*aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto aspecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o a afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla, cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida*».

Esta definición se matiza por ROCA SASTRE más claramente en la expresión siguiente: «En la subrogación real ha de verse la permanencia de una misma situación o condición jurídica, a pesar del cambio o mutación de la cosa sujeta a ella».

En la subrogación real existe, por lo tanto, un cambio, mutación o sustitución de una cosa por otra y, en segundo lugar, una permanencia inalterable de la misma situación jurídica (3).

(1) La doctrina contemporánea ha estudiado con profusión la naturaleza, fundamentos y efectos de la subrogación real, pudiendo sentarse al respecto los artículos de MARÍA LUISA MARÍN PADILLA publicados en esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 510, pág. 1112 y sigs., 527, pág. 717 y sigs., y 529, pág. 1149 y sigs., titulados respectivamente «La formación del concepto de subrogación real», «El principio general de la subrogación real en los Derechos de garantía y goce» y «Estudio de aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia».

(2) La subrogación real, *Revista Derecho Privado*, Tomo 33, abril de 1949, págs. 281 y sigs.

(3) Este es el genuino concepto de subrogación real que en lo que se refiere al urbanismo fue tratado ya por LASO MARTÍNEZ en su obra *Derecho Urbanístico III*, editorial Montecorvo, págs. 178 y sigs., y que no debe confundirse con la subrogación legal y personal que se produce en caso de transmisión de fincas por aplicación del artículo 21 de la Ley 1/1998. En ese sentido, disintimos de FERNANDO ACEDÓ-RICO HENNING que en su obra *Los sistemas de gestión urbanísticos y su publicidad registral*, publicada por Civitas, págs. 236 y sigs., y de subrogación real en el sistema de compensación, se refiere a la

Sin embargo, para que opere el principio de subrogación real debe existir lo que la doctrina ha denominado el *vínculo de filiación directa* (4) *por el cual se relacionan el bien nuevo y el antiguo en una correspondencia de causalidad, de modo que el bien nuevo procede del anterior.*

Así no basta siquiera que un objeto del derecho proceda de otro para que se cumpla uno de los requisitos de la subrogación real, sino que debe probarse esta sustitución de una cosa por la otra, sin perjuicio de la conservación de la situación jurídica que afectaba a la primera.

Como declara, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 1995, *«la aprobación definitiva del proyecto de compensación produce la subrogación, con plena eficacia real, de las parcelas aportadas al proceso compensatorio por las parcelas adjudicadas como consecuencia del mismo, sin que tales aportación y adjudicación tenga la consideración de transmisiones de dominio...».*

En efecto, alegaba el titular registral que se oponía a la solicitud de la anotación preventiva, el artículo 100.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que establece que el acuerdo aprobatorio del Proyecto de Reparcelación producirá, entre otros efectos, la subrogación, con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas, pero siempre que quede establecida su correspondencia.

En el artículo 122.1 del Reglamento de Gestión también se establece, en idénticos términos, que *«el acuerdo de reparcelación producirá, por sí mismo, la subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede claramente establecida la correspondencia entre unas y otras».*

En el apartado 2 el mismo artículo confirma los efectos de la subrogación real proclamando la pervivencia de la situación jurídica y las titularidades existentes, en lo que sea posible, y la sustitución de las fincas antiguas por las resultantes. Sin embargo, el apartado 3 distingue las citaciones y adjudicación en los procesos de reparcelación de fincas por subrogación real, de las que denomina *adquisiciones originarias*. Así, establece:

«122... 3. Cuando no haya una exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas, el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquéllas libre de toda carga que no se derive del propio acuerdo».

Por su parte, el vigente Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, determina en su artículo 7.4, entre las circunstancias que ha de contener el título inscribible de los proyectos de equidistribución, *«la determinación de la correspondencia entre las superficies o aprovechamientos aportados al proyecto y las fincas de resultado adjudicadas, conforme al mismo, a los titulares de las primeras».*

A su vez, el mismo artículo, en el apartado 10 incluye entre dichas circunstancias del título la *«adjudicación de las fincas de resultado a los titulares a quienes correspondan por título de subrogación o de cesión obligatoria».*

Queda, por lo tanto, claro que la legislación vigente aplica el principio de subrogación real en los proyectos de reparcelación, pero sólo en las adjudica-

subrogación del titular, no de la cosa, en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos y demás compromisos con motivo de la aplicación del artículo 21 citado.

(4) Ver MARÍA LUISA MARÍN PADILLA, *ob. cit.*, pág. 1192.

ciones procedentes de la aportación de fincas al proyecto de equidistribución correspondiente. En ningún caso lo hace, ni cabría según la definición de subrogación real elaborada por la doctrina y asumida por la jurisprudencia, respecto de fincas adjudicadas por título distinto, como, por ejemplo, el de cesión. La doctrina ha destacado la excepcionalidad de la adquisición originaria, analizando distintos supuestos, en especial, los excesos de adjudicación y la atribución de fincas a la Empresa Urbanizadora o Agente Urbanizador. Cabe citar, al respecto, el análisis de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (5). Analizando, en concreto, la naturaleza y efectos de esta llamada adquisición originaria, respecto de la que resulta de la subrogación real, expresa lo siguiente:

«Teniendo en cuenta la verdadera naturaleza jurídica de la llamada "adquisición originaria", que supone en realidad una "adquisición de derivativa" o por "transmisión", los efectos que la misma produce se resumen en la extinción del dominio de la finca antigua por parte del titular cedente, la adquisición del dominio de la nueva finca por el titular adquirente desligada de todo efecto de subrogación real, sino como una verdadera adquisición "derivativa", por paradjico que pueda parecer ese término respecto a una adquisición que del Reglamento de Gestión denomina "adquisición originaria".

El adjudicatario de la finca nueva no la recibe por subrogación real. Por tanto, la recibe libre de cargas y, además, por un título diferente del que existía en la finca antigua, como consecuencia del cambio de titularidad y objeto producidos.

A diferencia de los casos de subrogación real, en que el título adquisitivo de la finca de origen se mantienen la finca de resultado, y el titular de ésta continúa ostentando el título de heredero, comprador, donatario, etc., que ostentaba en la finca de origen, en cambio, en la llamada "adquisición originaria". Hay un nuevo título adquisitivo de la finca adjudicada, que es el correspondiente a la cesión por exceso de adjudicación producido».

Así, como vemos, efectivamente en los excesos de adjudicación se produce una adquisición derivativa, en cuanto resultan de la indemnización en metálico o de la compensación de los derechos de otro miembro de la comunidad reparcelatoria que debía haber sido adjudicatario del aprovechamiento y el suelo sobre el que posaba, si bien por aplicación de la normativa, o por acuerdo, veía mermada su adjudicación. Se produce así una transferencia onerosa porque se indemniza o paga el trasvase de edificabilidad.

Continuando con los comentarios de GARCÍA GARCÍA, para éste, en el caso de los excesos de adjudicación, la adquisición de la empresa urbanizadora *«como se trata de una adquisición "onerosa", su titular podrá ostentar la condición de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que se pueda identificar la finca o fincas de procedencia y determina que éstas tenían el requisito de previa inscripción, que es esencial para consideración de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aparte de la buena fe y de la inscripción de la adjudicación».*

Estas consideraciones no son trasladables, sin embargo, a las parcelas que se forman para albergar el 10 por 100 de aprovechamiento reservado a la Administración. En efecto, aún cuando pudiera estimarse que la parcela del suelo sobre la que se posa el aprovechamiento urbanístico de cesión procedía

(5) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, *Urbanismo y Registro*, editada por Civitas, págs. 140 y sigs.

por la cesión de la comunidad reparcelatoria, lo que implicaría, en definitiva, a todas las fincas aportadas (incluso a las adquiridas, en su caso, por una Junta de Compensación, por título de expropiación a los no adheridos), lo cierto es que la finca adjudicada, tal y como queda constituida, no *sustituye* al conjunto de las anteriores ni en cuanto a su realidad, ni en el referente a la edificabilidad asignada a ella, que no es un elemento accidental, sino constitutivo de la misma, porque es efectivamente una finca nueva y original. En ese sentido, si bien los artículos 14.2.c) y 18.4 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, establecen el deber de ceder *el suelo* correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico de modo obligatorio y gratuito a la Administración actuante, como ha señalado reiteradamente la doctrina, en realidad ese 10 por 100 del aprovechamiento no es patrimonializable por los propietarios, sino una reserva legal del aprovechamiento en favor de la Administración (6).

De esta manera, no opera la subrogación real, sino que la definición de la finca como objeto del derecho *es nueva*, fruto de la reparcelación, pero sobre todo, como la cesión es obligatoria y *gratuita*, no cabe aplicar, en este caso, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto de la Administración (7).

En el caso de comentarios, la situación es algo más compleja aún: no se trata de analizar si la cesión obligatoria y gratuita de la finca sobre la que debe recaer el 10 por 100 del aprovechamiento reservado a la Administración es fruto de una adquisición originaria o derivativa, ni si es onerosa, puesto que la ley declara que es «gratuita», sino que lo que se plantea es cuál es la condición jurídica de las fincas que debían haber sido cedidas a la Administración para que posara en ellas el aprovechamiento urbanístico reservado a ésta, cuando finalmente no se le adjudican, sino que se atribuyen a un tercero en virtud del pago del aprovechamiento urbanístico que da origen a las fincas y cuya localización es causa determinante de la definición y la existencia de éstas.

Analizada la cuestión, debemos observar las siguientes circunstancias:

- a) Las fincas definidas para cumplir con el deber de cesión obligatoria del suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento reservado a la Administración tienen su causa directamente en la Ley y en el acto administrativo de aprobación del proyecto de reparcelación, pero carecen de vinculación concreta con las fincas que materialmente coincidirían con la superficie de suelo que adquiere la Administración porque la cesión es global a cargo de la comunidad reparcelatoria y no existe referencia registral alguna tampoco que las relacione (8).

(6) Esta reserva de aprovechamiento no constituye la cesión, como señalaba LASO MARTÍNEZ en su obra *El aprovechamiento urbanístico*, LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, editorial Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, pág. 224 y sigs., y ha asumido la Dirección General de Tributos al declarar que no existe hecho imponible a los efectos del IVA.

(7) En primer lugar, la Administración recibe de modo gratuito y no oneroso el suelo y, en cuanto al aprovechamiento, es la titular originaria. En cuanto al suelo, lo recibe por título de adquisición originaria, como recuerda RAFAEL ARNÁIZ EGUREN en su obra *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, pág. 289, en el sentido de que las fincas se adquieren libres de cargas, como aclara en la pág. 277, sin traslado de situación jurídica alguna.

(8) En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 179, afirma que «...estos bienes no se corresponden en principio con ningún otro, sin perjuicio de la posibilidad de que

- b) El aprovechamiento adquirido por quien ha pagado la monetarización del 10 por 100 reservado a la Administración es un aprovechamiento originario, que surge del Plan y por ley queda reservado, desde que el Plan se aprueba, a la Administración.
- c) Lo trascendente y relevante para la adjudicación de las fincas es precisamente su función de recoger el 10 por 100 del aprovechamiento correspondiente a la Administración.
- d) La finca de cesión es efectivamente nueva e incluso para ella se pedía tradicionalmente ya que se practicara asiento de primera inscripción, por ejemplo, en el artículo 114 del Reglamento de Gestión Urbanística. En todo caso, surge libre de cargas y sin conexión con finca concreta. Quien adquiere ese aprovechamiento lo recibe sólo de la Administración, que es quien únicamente lo puede transmitir, aceptando ésta como sustitución de las parcelas edificables el importe equivalente al valor *del aprovechamiento*.
- f) Como no opera la subrogación real, no hay sobrevivencia de ninguna situación jurídica, sino transmisión de derechos de la Administración al particular, que compra previamente el aprovechamiento y luego resulta adjudicatario del suelo *por cesión* gratuita de la comunidad reparcelatoria, subrogado en la posición de la Administración.

2. LA FALTA DE LA CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO EN EL TITULAR REGISTRAL CUANDO ADQUIERE UNA FINCA NO INSCRITA O DE TITULAR QUE NO CONSTA COMO TAL EN EL REGISTRO

La solicitud de medida cautelar se basaba, entre otros argumentos, en el hecho de que ni cuando se produce la llamada monetarización del aprovechamiento y la subsiguiente adjudicación de las fincas de resultado sobre las que éste recaía, ni cuando se transmite por el adjudicatario al posterior titular registral, figura titularidad registral alguna del Ayuntamiento; ni siquiera la inscripción de las propias fincas de resultado, que surgen *ex novo*. Por ello, la anotación de la existencia de un recurso contra la aprobación del Proyecto de Compensación del que éstas surgen no defrauda el derecho ni del adjudicatario ni del posterior titular registral que, cuando adquiere no lo hace de quien figura como titular según el registro, menos aún, de la finca creada por el Proyecto de Compensación. En ese sentido, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es tajante en requerir la inscripción previa de la finca o derecho a nombre del transmitente para que opere la fe pública registral, como ha destacado la jurisprudencia, pudiéndose citar por todas la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 1987, cuando decía que *«el principio de fe pública registral requiere... que el transferentetenga inscrito su derecho, que se subdivide en: a) que su adquisición sea derivativa de su anterior titular; b) que el precedente titular tenga inscrita su derecho y aparezca con facultad para transmitirlo»*.

A su vez, como señalaba la sentencia de la misma Sala, de 12 de noviembre de 1970, *«a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hay que atender, no*

se puedan corresponder con algunos bienes de dominio público existentes como fincas de origen. No obstante, lo normal es que na/can *ex novo* como cesiones obligatorias y gratuitas, conforme la legislación urbanística».

a la fecha de la inscripción de tercero, si no a la de la celebración del contrato», lo que supone que tanto la monetarización y adjudicación al promotor de las fincas predestinadas a la Administración, como la transmisión al titular registral, se producen sin cumplir el requisito de la previa inscripción, lo que impide la aplicación del artículo 34 de la Ley y la adquisición *a non domino* que el mismo proclama.

3. LOS EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ADQUIRENTE EN EL PREVIO ACTO DE ADQUISICIÓN POR SU VENDEDOR DE LAS FINCAS CORRESPONDIENTES A LA CESIÓN DE APROVECHAMIENTO

La singularidad del caso que comentamos radica también en el hecho de que el titular registral tampoco mantenía la condición de tercero al momento de comprar las fincas adjudicadas como consecuencia de la previa monetarización del aprovechamiento reservado a la Administración.

Así es, siguiendo a RÓCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 473, «*en el orden civil general, es tercero el que no ha sido parte en el contrato o negocio jurídico especialmente contemplado, siendo completamente extraño o ajeno al mismo; es el poenitus extraneus. Y también es tercero el adquirente considerado fuera de su condición de parte y en relación a los otros actos o contratos referentes a la misma cosa o derecho adquirido. En ambos casos, la condición de extraño o ajeno respecto de un determinado acto, contrato con negocio jurídico, es la idea matriz del concepto de tercero... es tercero a los efectos del Registro de la Propiedad... el mismo que se acaba de examinar, si bien considerado en relación con la Ley Hipotecaria. Ésta no altera en lo más mínimo el concepto de tercero..., el derecho hipotecario, se limita a regular la posición jurídica del mismo desde el punto de vista registral, pero siempre a base de reputar como tal tercero, al que no ha sido parte, o que es extraño al negocio jurídico especialmente contemplado.*»

Siguiendo con el citado autor la definición de tercero hipotecario que propone es la siguiente: «*es el adquirente considerado, fuera de su condición de parte, frente a un determinado contenido registral.*»

El tercero hipotecario es aquél que, además de ser extraño a la adquisición de su antecesor, ignora los vicios de aquélla y actúa confiado en el contenido del Registro, por eso se le considera de buena fe.

En el supuesto comentado la intervención mediata, al menos, del comprador en la previa adquisición de su transmitente avalando el pago del aprovechamiento municipal le impide considerarse tercero de buena fe respecto de los vicios de la monetarización, que era uno de los actos jurídicos combatidos en el recurso del que se pretendía la anotación. Por lo que tampoco reúne dicho requisito a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

En ese sentido, la buena fe, que es una cuestión de hecho, libera al tercero sólo cuando desconoce radicalmente los vicios de la previa transmisión y, confiado en el contenido del Registro, respecto de aquélla, que no los recoge, procede a la adquisición de la finca.

No cabe invocar tal condición cuando no existe apoyo en el contenido del Registro, por no constar en él la previa transmisión, y, menos aún, cuando el tercero está en realidad involucrado, aunque sea a través de una obligación de garantía en la previa transmisión.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

- Ley Orgánica 1/2004. 28-12-2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley Orgánica 2/2004. 28-12-2004. Modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 3/2004. 28-12-2004. Modifica la Ley Orgánica 3/1980, de 22-4-1980, del Consejo de Estado.
- Ley 1/2004. 21-12-2004. Horarios Comerciales.
- Ley 2/2004. 27-12-2004. Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.
- Ley 3/2004. 29-12-2004. Establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- Ley 4/2004. 29-12-2004. Modificación de tasas y de beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público.
- Real Decreto-ley 10/2004. 23-12-2004. Amplía el plazo de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo.
- Real Decreto-ley 11/2004. 23-12-2004. Modifica, en materia de pensiones públicas, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

- Real Decreto Legislativo 7/2004. 29-10-2004. Aprueba el TR del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.
- Real Decreto Legislativo 8/2004. 29-10-2004. Aprueba el TR de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor.
- Real Decreto 2129/2004. 29-10-2004. Modifica el Real Decreto 650/1987, de 8-5-1987, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de Cuenca y de los planes hidrológicos.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 2103/2004. 22-10-2004. Sobre promociones en la carrera fiscal.

— Real Decreto 2125/2004. 2-11-2004. Se establece la separación de Juzgados de 1.ª Instancia y Juzgados de Instrucción en el partido judicial de Logroño.

— Real Decreto 2126/2004. 2-11-2004. Se dispone la creación y constitución de determinados Juzgados dentro del desarrollo de la programación del año 2004.

— Real Decreto 2294/2004. 10-12-2004. Establece la separación de Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción en los partidos judiciales de Benidorm y Torrevieja.

— Orden 4048/2004. 1-12-2004. Constituye el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, con arreglo a la propuesta del Tribunal examinador.

— Orden 4245/2004. 15-12-2004. Crea oficinas de registro auxiliares en el Ministerio de Justicia.

— Orden 4259/2004. 13-12-2004. Dispone que los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción del partido judicial de El Vendrell sean servidos por Magistrados.

— Resolución de 15-12-2004. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, existentes en toda España, para su provisión en concurso ordinario número 267.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto Legislativo 6/2004. 29-10-2004. Aprueba el TR de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

— Real Decreto 2295/2004. 10-12-2004. Aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.

— Real Decreto 2347/2004. 23-12-2004. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 1775/2004, 30-7-2004, en materia de salario medio anual del conjunto de contribuyentes y de retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo.

— Orden 3895/2004. 23-11-2004. Aprueba el modelo 198 de declaración anual de operaciones con activos financieros y otros valores mobiliarios, así como los diseños físicos y lógicos para la sustitución de sus hojas interiores por soporte directamente legible por ordenador y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de internet y por teleproceso y se modifican las Órdenes de aprobación de los modelos de declaración 193, 296 y 347.

— Orden 3902/2004. 29-11-2004. Desarrolla para el año 2005 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 4246/2004. 27-12-2004. Fija umbrales relativos a las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros de la Unión Europea para el año 2005.

— Orden 4260/2004. 27-12-2004. Modifica la Orden 19-5-1987, que desarrolla el Real Decreto 505/1987, 3-4-1987, por el que se dispone la creación de un sistema de anotaciones en cuenta, y la Orden 7-1-2000, que desarrolla el Real Decreto 161/1997, de 7-2-1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos.

— Resolución de 29-12-2004. Autoriza la expedición de determinadas propuestas de pago a favor de las entidades colaboradoras en procedimientos de pago previstos en la Ley 38/2003, de 17-1-2003, General de Subvenciones.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 16-12-2004. Mensualmente hace públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 4/2004. 22-12-2004. Sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.

— Circular 5/2004. 22-12-2004. Sobre derogación de las Circulares del Banco de España 22/1992, 1/1993, 2/1997 y 12/1998.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 2350/2004. 23-12-2004. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2005.

— Real Decreto 2388/2004. 30-12-2004. Fija el SMI para 2005.

— Orden 3862/2004. 22-11-2004. Modifica la Orden 2865/2003, de 13-10-2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

— Resolución de 10-11-2004. Aprueba los modelos de actas y propuestas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social practicadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

— Resolución de 28-12-2004. Fija nuevos criterios para la compensación de costes prevista en el artículo 10 de la Orden 22-4-1997, por la que se regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de Prevención de Riesgos Laborales.

— Corrección de errores. Orden 470/2004. 19-2-2004. Desarrolla el Real Decreto 1506/2003, de 28-11-2003, por el que se establecen las directrices sobre los certificados de profesionalidad.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Real Decreto 2217/2004. 26-11-2004. Sobre competencias, funciones, composición y organización del Consejo de Cooperación al Desarrollo.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA

— Orden 3686/2004. 3-11-2004. Dicta normas para la aplicación del Real Decreto 285/2004, de 20-2-2004, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos extranjeros de Educación Superior.

— Orden 4288/2004. 11-11-2004. Modifica las Órdenes de 28-6-1994 y de 20-1-1995, por las que se regula la visita pública a los museos de titularidad estatal adscritos al Ministerio de Cultura, en lo referido al Museo Nacional del Prado.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 2354/2004. 23-12-2004. Ampliación de los medios personales y económicos adscritos a los servicios de la Administración del Estado traspasados por el Real Decreto 2673/1998, 11-12-1998, sobre traspaso a la Comunidad Valenciana de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

— Resolución de 18-11-2004. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2005, a efectos de cómputos de plazos.

— Corrección de errores. Real Decreto 1477/2004, de 18-6-2004. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 4151/2004. 9-12-2004. Determina los códigos comunitarios armonizados y los nacionales a consignar en permisos y licencias de conducción.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 2387/2004. 30-12-2004. Aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 2296/2004. 10-12-2004. Aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Cuestión de inconstitucionalidad número 3.864/1995, en relación con el artículo 12 de la Ley 5/1987, de 4-4-1987, de Régimen Provisional de las Competencias de las Diputaciones Provinciales.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.099-2003, promovido por el Gobierno de la Nación, en relación a la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30-12-2004, Primera Ley del Código Civil de Cataluña.

— Recurso de inconstitucionalidad número 4.786-2004, promovido por el Gobierno de la Generalidad Valenciana, contra el Real Decreto-ley 2/2004, de 18-6-2004, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5-7-2004, del Plan Hidrológico Nacional.

— Recurso de inconstitucionalidad número 5.209-2001, promovido por el Gobierno de Aragón, en relación con varios artículos de la Ley 10/2001, 5-6-2001, que aprueba el Plan Hidrológico Nacional.

— Recurso de inconstitucionalidad número 5.840-2002, en relación a varios artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2002, de 5-7-2002, de derechos reales de garantía.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.427-2002, en relación con los artículos 24, 25 y 26 de la Ley del Parlamento de Cataluña 25/2001, de 31-12-2001, de la accesión y la ocupación.

— Recurso de inconstitucionalidad número 5.598-2004 contra el Real Decreto-ley 2/2004, de 18-6-2004, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del Plan Hidrológico Nacional.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS de 13-10-2004. Sala 3.^a Anula el inciso «ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la

causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones» que se contiene en el número 3 del artículo 1.1 del Real Decreto 239/2000, de 18-2-2000, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la DT 1.ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros.

— STS de 28-10-2004. Sala 3.ª Fija la siguiente doctrina legal: «Que, a efecto de dar cumplimiento al artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, reformada por la Ley 4/1999, de 13-1-1999, la expresión en una hora distinta determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación».

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 1/2004. 17-12-2004. Creación del Consejo Audiovisual de Andalucía.

— Ley 2/2004. 28-12-2004. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005.

— Ley 3/2004. 28-12-2004. Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

— Real Decreto 2130/2004. 29-10-2004. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos (Confederación Hidrográfica del Sur).

— Decreto 554/2004. 7-12-2004. Asignan a la Consejería de Agricultura y Pesca los medios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1788/2004, de 30 de julio, en materia de Agricultura (FEGA).

— Decreto 556/2004. 7-12-2004. Asigna a las Consejerías de Agricultura y Pesca y de Justicia y Administración Pública los bienes traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma por el Real Decreto 1787/2004, de 30-7-2004, en materia de Agricultura y de Administración de Justicia.

— Decreto 567/2004. 21-12-2004. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas de viudedad.

— Decreto 568/2004. 21-12-2004. Establece ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

— Decreto 569/2004. 21-12-2004. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas.

— Resolución de 20-10-2004. Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia. Aprueba y da publicidad a los modelos normalizados de solicitud al Registro de Fundaciones de Andalucía, de certificados de denominación, de inscripción de actos y de legalización de libros.

— Resolución de 10-12-2004. Determina las Fiestas Locales en el ámbito de Andalucía para el año 2005.

— Corrección de errores. Orden de 23-3-2004. Modifica la de 24-6-2002, en la redacción dada por las de 3-3-2003 y de 20-11-2003, por la que se desarrollan los incentivos al empleo estable regulados por el Decreto 141/2002, de 7-5-2004.

— Corrección de errores. Resolución de 20-10-2004. Aprueba y da publicidad a los modelos normalizados de solicitud al Registro de Fundaciones de Andalucía de certificados de denominación, de inscripción de actos y de legalización de libros.

ARAGÓN

— Ley 6/2004. 9-12-2004. Establece medidas en materia de expropiación forzosa para actuaciones de mejora y creación de regadíos.

— Ley 8/2004. 20-12-2004. Medidas urgentes en materia de medio ambiente.

— Ley 9/2004. 20-12-2004. Reforma de la Ley 24/2003, de 26-12-2003, de medidas urgentes de política de vivienda protegida.

— Ley 10/2004. 20-12-2004. Crea el Consejo Aragonés de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria.

— Ley 11/2004. 29-12-2004. Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el año 2005.

— Ley 12/2004. 29-12-2004. Medidas Tributarias y Administrativas.

— Decreto 228/2004. 2-11-2004. Regula la concesión de subvenciones para el desarrollo de programas, actividades o inversiones dirigidas a la conservación, mejora y calidad del medio ambiente en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 224/2004. 19-10-2004. Crea el Consejo Aragonés de Consumo.

ASTURIAS

- Ley 1/2004. 21-10-2004. Consejo consultivo.
- Ley 2/2004. 9-10-2004. Medidas urgentes en materia de suelo y vivienda.
- Ley 3/2004. 23-11-2004. Montes y Ordenación Forestal.
- Ley 4/2004. 30-11-2004. Prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 5/2004. 28-12-2004. Presupuestos Generales para 2005.
- Ley 6/2004. 28-12-2004. Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2005.

BALEARES

- Ley 6/2004. 23-12-2004. Modificación de la Ley 5/2002, de 21-6-2002, de subvenciones.
- Ley 7/2004. 23-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2005.
- Ley 8/2004. 23-12-2004. Medidas tributarias, administrativas y de función pública.
- Acuerdo 13-12-2004. De aprobación definitiva del Plan Territorial Insular de la isla de Mallorca y publicación del mismo.

CANARIAS

- Ley 4/2004. 2-12-2004. Modificación de determinados artículos de la Ley 18/2003, de 11-4-2003, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias.
- Ley 5/2004. 29-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2005.
- Decreto 89/2004. 6-7-2004. Aprueba los estatutos de la Universidad de La Laguna.
- Decreto 160/2004. 9-11-2004. Modifica el Decreto 88/2004, de 6-7-2004, por el que se declaran fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2005 y se abre plazo para fijar las fiestas locales.
- Orden 11-11-2004. Regula la constitución y cancelación de los depósitos a consignar en la tramitación de los expedientes de Tasación Pericial Contradictoria (TPC), en virtud de lo previsto en el artículo 135.3 de la LGT (Ley 58/2003, de 17-12-2003).
- Orden 29-11-2004. Establecen normas específicas sobre el uso de la firma electrónica reconocida en los procedimientos de recaudación en período

ejecutivo tramitados por la Administración Tributaria Canana, así como en otras actuaciones de la misma.

— Orden 17-12-2004. Fijan los índices, módulos y demás parámetros del régimen simplificado del Impuesto General Indirecto Canario para el año 2005.

— Resolución de 15-12-2004. Modifica la Orden 16-12-2003, que encomienda a la empresa pública Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias, S. A. (Visocán, S. A.) el servicio denominado realización de los trámites previos a la firma de las escrituras de amortización, amortización anticipada y de cancelaciones de hipotecas de viviendas de promoción pública, así como de las escrituras de acceso a la propiedad derivada de los Decretos 34/1995 y 12/1996.

— Resolución de 15-12-2004. Modifica la Orden 16-12-2003, que encomienda a la empresa pública Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias, S. A. (Visocán, S. A.) la realización de la asistencia técnica denominada elaboración de informe sobre edificaciones complementarias de las viviendas protegidas de promoción pública de titularidad de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y del suelo destinado a la construcción de viviendas de promoción pública.

— Resolución de 15-12-2004. Encomienda a la empresa pública Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias, S. A. (Visocán, S. A.) el servicio denominado realización de los trámites previos al otorgamiento de las escrituras de obra nueva y división horizontal de determinados grupos de viviendas de promoción pública y de los trámites necesarios para la posterior inscripción de diversas escrituras de obra nueva y división horizontal en el RP.

CANTABRIA

— Ley 4/2004. 2-11-2004. Reforma Ley de Cantabria 4/2002, de 24-7-2004, de Cajas de Ahorros.

— Ley 5/2004. 16-11-2004. Puertos de Cantabria.

— Ley 6/2004. 27-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2005.

— Decreto 112/2004. 28-10-2004. Crea y regula el Consejo de F. P. de Cantabria.

— Decreto 134/2004. 10-12-2004. Aprueba la modificación de la estructura orgánica y la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Economía y Hacienda.

— Decreto 137/2004. 15-12-2004. Indemnizaciones por razón de servicio.

— Decreto 139/2004. 5-12-2004. Crea y regula el Registro de Voluntades Previas.

— Corrección de errores. Decreto 119/2004. 28-10-2004. Estructura orgánica y de modificación de las relaciones de puestos de trabajo de la Presidencia del Gobierno y de la Consejería de Presidencia, Ordenación del Territorio y Urbanismo.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 6/2004. 21-12-2004. Aplicación al municipio de Albacete del régimen de organización de los municipios de gran población.

— Ley 7/2004. 21-12-2004. Aplicación al municipio de Ciudad Real del régimen de organización de los municipios de gran población.

— Ley 8/2004. 21-12-2004. Aplicación al municipio de Guadalajara del régimen de organización de los municipios de gran población.

— Ley 9/2004. 21-12-2004. Aplicación al municipio de Talavera de la Reina del régimen de organización de los municipios de gran población.

— Ley 10/2004. 21-12-2004. Aplicación al municipio de Cuenca del régimen de organización de los municipios de gran población.

— Ley 11/2004. 21-12-2004. Aplicación al municipio de Toledo del régimen de organización de los municipios de gran población.

— Ley 12/2004. 23-12-2004. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2005.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 3/2004. 13-10-2004. Creación del Consejo de Colegios Profesionales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Castilla y León.

— Ley 6/2004. 21-12-2004. Modificación de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León.

— Ley 7/2004. 22-12-2004. Modificación de la Ley 6/1991, de 19-4-1991, de Archivos y Patrimonio Documental de Castilla y León.

— Ley 8/2004. 22-12-2004. Modificación de la Ley 12/2002, de 11-7-2002, del Patrimonio Cultural de Castilla y León.

— Ley 9/2004. 28-12-2004. Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas.

— Ley 10/2004. 28-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2005.

— Orden 1913/2004. 16-12-2004. Establece el calendario de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos que regirá durante el año 2005 en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 1919/2004. 17-12-2004. Regula el funcionamiento de cuentas tesorerías restringidas de los Servicios Territoriales de Economía y Hacienda.

CATALUÑA

— Ley 9/2004. 24-12-2004. Creación de la Agencia Catalana del Consumo.

— Ley 10/2004. 24-12-2004. Modificación de la Ley 2/2002, de 14-3-2002, de urbanismo, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local.

EXTREMADURA

— Ley 9/2004. 27-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2005.

— Decreto 159/2004. 26-10-2004. Modificación del Decreto 26/1996, de 19-2-96, sobre órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 178/2004. 30-11-2004. Fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2005 en la Comunidad Autónoma.

— Decreto 186/2004. 14-12-2004. Modifica el Decreto 41/2004, de 5-4-2004, por el que se aprueba el Plan de Vivienda y Suelo 2004-2007.

— Orden 17-12-2004. Modifica la Orden 14-6-2004, por la que se desarrollan las actuaciones protegidas del Plan de Vivienda y Suelo 2004-2007.

GALICIA

— Ley 10/2004. 2-11-2004. Modificación de la Ley 9/1997, de 21-8-1997, de ordenación y promoción del turismo en Galicia.

— Ley 11/2004. 19-11-2004. inspección de consumo.

— Ley 13/2004. 29-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2005.

— Ley 14/2004. 29-12-2004. Medidas tributarias y de régimen administrativo.

— Ley 15/2004. 29-12-2004. Modificación de la Ley 9/2002, de 30-12-2004, de ordenación urbanística y protección del medio rural.

— Ley 16/2004. 29-12-2004. Modifica la Ley 9/1991, de 2-10-1991, gallega, de medidas básicas para la inserción social.

— Decreto 257/2004. 29-10-2004. Régimen jurídico de las viviendas de promoción pública, locales de negocio y suelo de promoción pública.

— Decreto 276/2004. 18-11-2004. Modifica el Decreto 153/1989, de 27-7-1989, de los órganos rectores de las Cajas de Ahorro gallegas.

— Decreto 305/2004. 11-11-2004. Amplían los plazos de elaboración de determinados planes de contingencias establecidos en el Decreto 438/2003, de 13-11-2004, por el que se aprueba el Plan Básico de Contingencias por Contaminación Marina para la defensa de los recursos pesqueros, marisqueos, paisajísticos, acuícola y medioambientales.

— Decreto 306/2004. 2-12-2004. Crea el Consello Forestal.

— Orden 25-11-2004. Establecen las normas específicas sobre el uso de la firma electrónica en las relaciones por medios electrónicos, informáticos y telemáticos con la Consellería de Economía y Hacienda y sus organismos y entidades adscritas.

LA RIOJA

— Ley 8/2004. 22-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2005.

— Ley 9/2004. 22-12-2004. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2005.

— Decreto 58/2004. 29-10-2004. Regula el Registro en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos públicos.

— Corrección de errores. Decreto 50/2004. 16-11-2004. Crea y regula el Registro de Solicitantes de Vivienda Protegida en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

MADRID

— Ley 3/2004. 10-12-2004. Creación de la Agencia de la Comunidad para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor.

— Ley 4/2004. 28-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad para 2005.

— Ley 5/2004. 28-12-2004. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Ley 6/2004. 28-12-2004. Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad.

— Ley 7/2004. 28-12-2004. Medidas en materia sanitaria.

— Orden 2863/2004. 8-11-2004. Adecúa los precios máximos de venta de las viviendas protegidas a lo dispuesto en el Real Decreto 1721/2004, de 23-7-2004.

— Orden 3349/2004. 15-12-2004. Modifica el artículo 4 de la Orden 2863/2004, de 8-11-2004, por la que se adecúan los precios máximos de venta de las viviendas protegidas a lo dispuesto en el Real Decreto 1721/2004, de 23-7-2004.

MURCIA

- Ley 4/2004. 22-10-2004. Asistencia jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- Ley 5/2004. 22-10-2004. Voluntariado en la región de Murcia.
- Ley 7/2004. 28-12-2004. Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma.
- Ley 8/2004. 28-12-2004. Medidas administrativas, tributarias, de tasas y función pública.
- Ley 10/2004. 29-12-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2005.
- Decreto Legislativo 1/2004. 9-7-2004. Aprueba el TR de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales.
- Decreto 119/2004. 5-11-2004. Regula las nuevas líneas de fomento al alquiler de viviendas.
- Decreto 127/2004. 10-12-2004. Desarrolla el artículo 2 de la Ley 9/1999, de 27-12-2004, de Medidas Tributarias y de modificación de diversas Leyes Regionales en materia de Tasas, Puertos, Educación, Juego y Apuestas y Construcción y Explotación de Infraestructuras.

NAVARRA

- Ley Foral 11/2004. 29-10-2004. Actualización del régimen local de Navarra.
- Ley Foral 12/2004. 29-10-2004. Plan de Infraestructuras Locales para el período 2005-2008.
- Ley Foral 15/2004. 3-12-2004. Administración de la Comunidad Foral.
- Ley Foral 18/2004. 29-12-2004. Presupuestos Generales para el ejercicio del año 2005.
- Ley Foral 19/2004. 29-12-2004. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.
- Decreto Foral 348/2004. 15-11-2004. Modifica el Decreto Foral 312/2004, de 27-9-2004, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda.
- Decreto Foral 360/2004. 22-11-2004. Declara Paisaje Protegido el espacio denominado Montes de Valdorba y se aprueba el Plan de Uso y Gestión del mismo.
- Decreto Foral 361/2004. 30-11-2004. Crea el Consejo Asesor de Justicia de Navarra.
- Decreto Foral 373/2004. 27-12-2004. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral a efectos de cómputo de plazos para el año 2005.

— Orden Foral 350/2004. 6-10-2004. Modifica la estructura de la Hacienda Tributaria de Navarra, del Departamento de Economía y Hacienda a nivel de Negociados.

— Orden Foral 185/2004. 25-11-2004. Aprueba el calendario laboral del año 2005 para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral y de sus organismos autónomos.

— Orden Foral 405/2004. 2-12-2004. Modifica la Orden Foral 113/2003, de 15-4-2003, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de determinadas declaraciones-liquidaciones correspondientes al IVA.

— Orden Foral 406/2004. 2-12-2004. Aprueba el modelo F-60 de declaración resumen anual del IVA.

— Orden Foral 415/2004. 17-12-2004. Modifica la Orden Foral 56/2004, de 1-3-2004, por la que se aprueba el modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de rentas y los diseños físicos y lógicos para su presentación por soporte directamente legible por ordenador, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por Internet.

— Orden Foral 424/2004. 22-12-2004. Modifica las Órdenes Forales 205/1999, de 2-11-2004 y 8/2000, de 20 de enero, por las que se aprueban, respectivamente, los modelos 190 y 345.

— Resolución de 1134/2004. 24-11-2004. Determina las fiestas locales para el año 2005, con carácter retribuido y no recuperable, en el ámbito de la Comunidad Foral.

PAÍS VASCO

— Ley 8/2004. 12-11-2004. Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Ley 9/2004. 24-11-2004. Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

— Ley 10/2004. 28-12-2004. Aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2005.

— Decreto 250/2004. 14-12-2004. Establece el tipo de interés de los préstamos cualificados otorgados por las entidades de crédito en materia de vivienda y suelo.

VALENCIA

— Ley 9/2004. 7-12-2004. Personas Mayores.

— Ley 10/2004. 9-12-2004. Suelo No Urbanizable.

- Ley 12/2004. 27-12-2004. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana.
- Ley 13/2004. 27-12-2004. Caza.
- Ley 14/2004. 29-12-2004. Presupuestos.
- Decreto 264/2004. 3-12-2004. Modifica la composición de las Juntas Rectoras de los parques naturales.
- Decreto 278/2004. 17-12-2004. Modifica el Decreto 112/2003, de 11-7-2003, del Consell de la Generalitat, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo.
- Decreto 280/2004. 17-12-2004. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parc Natural del Marjal de Pego-Oliva.
- Orden 29-10-2004. Modifica las bases que regulan las ayudas para la mejora de las condiciones de trabajo en pequeñas y medianas empresas reguladas en la Orden de 22-4-2002, modificada por la Orden de 5-3-2003, y se abre nuevo plazo para solicitarlas.
- Orden 15-11-2004. Regula la publicidad y los carteles y placas que identifican las actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo en la Comunidad.
- Orden 17-12-2004. Aprueba el calendario de fiestas locales, retribuidas y no recuperables en el ámbito de la Comunidad para el año 2005.

II. Información de actividades

Andalucía

En Sevilla y Huelva, del 18 al 22 de octubre de 2004, se celebró el XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI*, con diez secciones agrupadas por temas y en cada sección varias ponencias.

Informe de la relatoría de la sección 1.^a: *La familia como institución central de la vivencia humana: historia, sociología, psicología, política y derecho.*

Presidencia: Profesor Doctor don MANUEL J. GARCÍA GARRIDO; Profesor Doctor don JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA, y Profesora Doctora doña OLGA MESA CASTILLO.

Relatoría: Doctor VÍCTOR AMAYA RICO y M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ.

Subsecciones temáticas: 1. Cambio social, transformación de la familia y divergencias del modelo tradicional. 2. Visión constitucional del Derecho de familia. 3. Políticas sociales, población y desa-

rollo sostenibles. 4. La pareja y núcleos familiares contemporáneos. 5. Roles sociales. Las relaciones familiares entre descendientes y ascendientes: obediencia, respeto y dependencia. 6. Familia y demografía. 7. Fundamentos históricos de la familia. 8. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Esta sección se trata sin duda de la propuesta temática más genérica del XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, ya que se dirige al análisis de la familia en sí, como institución central de la vivencia humana que es. Por ello, siendo la familia su núcleo principal, el estudio de la misma no se puede limitar al análisis desde una única rama del saber, sino que en este foro se han reunido estudios de carácter histórico, sociológico, psicológico, político y económico.

Desde las propuestas de las subsecciones temáticas, los ponentes han escogido temas como «Los derechos sociales y derecho de familia: una aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales de y para los niños y sus familias»; «La familia patriarcal y las nuevas formas familiares: ¿autoritarismo frente a democracia interna?»; «Nupcias de diversa sangre»; «La familia: fundamentos y principios que sustentan su estudio. El principio de causa y efecto en el Derecho familiar»; «El Derecho de Familia, ¿sigue siendo Derecho?»; «Tendencia en la solución de los conflictos familiares»; «Excepciones al régimen común de determinadas instituciones del derecho de familia derivadas de la normativa constitucional»; «El procedimiento familiar en la Constitución política de México»; «El valor jurídico actual de la familia en España»; «La conciliación de la vida familiar y laboral: un reto de nuestro tiempo»; «Sobre el concepto de familia, ¿qué familia se protege en el artículo 39.1 de la Constitución Española?»; «Primer intento de regulación civil del matrimonio: La Ley de 18 de junio de 1870»; «El ejercicio de la autoridad de los padres: dualidad o unitarismo»; «Modificaciones producidas en el Derecho de Familia en España tras la publicación del Código Penal de 1848»; «El caso de Guinea Ecuatorial: las relaciones familiares a través de la Historia»; «La Ley de Uniones Estables de Pareja y la perspectiva histórica-romanística de la relevancia jurídica de la convivencia *more uxorio*»; «La reproducción precaria en las familias en la zona conurbada Zacatecas-Guadalupe, México, 1990-2004»; «Derechos educativos de la familia en México, ¿derechos ignorados?»; «Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna»; «Derecho familiar y Derecho electoral».

Como no es la intención de este informe adoptar unas conclusiones, sino un breve recordatorio del conjunto de las aportaciones presentadas, conviene señalar que, independientemente de la nacionalidad de sus autores, de su ideología e incluso de su adscripción a distintas ramas del saber, hay una

relativa unanimidad en describir los constantes procesos de cambio y mutación social que afectan en mayor o menor medida a la familia.

Por otra parte, la familia requiere de su ordenación por el Derecho, y como no podía ser de otra manera el Derecho de Familia debería estar en relación directa con los Derechos humanos y, específicamente de los de contenido social, económico y cultural, y no olvidar las carencias que afligen a muchas personas y países.

Esta protección económico-social de la familia es básica, ya que, como hemos dicho, su esencialidad se concreta en la funcionalidad socializadora y afectiva. Con todo, su funcionalidad pervive, si bien el modelo familiar ya no se ajusta a las características de la familia patriarcal y da paso a nuevas formas familiares. Históricamente ya se habían planteado excepciones al sistema ordinario, como era el caso de la unión de personas de distinta etnia, religión, o que se regían por distintos ordenamientos; especialmente destaca el caso de la cédula de 1514, que inició la relativa tolerancia a los matrimonios entre españoles e indias.

En todo caso, el Derecho de Familia o Derecho Familiar puede llegar a ser instrumento que propicie una cultura de valores en la familia y que fomente la paz y la honestidad. Cuestión que pone de manifiesto que, gracias a la intervención de agentes e informes no estrictamente jurídicos, se puede poner en duda que el Derecho de Familia siga siendo auténticamente Derecho, dada la imprevisibilidad de las resoluciones judiciales en la materia.

Las Constituciones contemporáneas han recogido a la institución familiar de formas diversas y, en ocasiones, con imprecisiones y vaguedades constitucionales. Incluso en pleno siglo XXI, el régimen ordinario de la familia se ve excepcionado por ciertos principios constitucionales relacionados directamente con la monarquía parlamentaria y que afectan al matrimonio, adopción o tutela. También ocurre que en otros países, la inclusión en la parte dogmática de la institución familiar ha sido relativamente reciente. En todo caso, las Constituciones contemporáneas recogen otros derechos que finalmente son difíciles de conciliar, como sucede con la vida familiar y laboral, punto que nuevamente evidencia los múltiples procesos como la incorporación de la mujer al trabajo, que han afectado y modulado ciertos principios tradicionales, necesitados ahora de nuevas soluciones y de apoyo de los poderes públicos. Éstos tienen el deber de velar por el bienestar social de la familia.

Otros aspectos estudiados se refieren a la consideración pluralista de la familia y su elasticidad ante la dificultad de establecer un concepto unívoco sobre la familia. Así como la necesidad de fomentar políticas públicas para eliminar carencias y necesidades primarias con el objetivo de alcanzar una protección real de la familia. Por otra parte, la educación es un requisito imprescindible esencial para eliminar las desigualdades socioeconómicas y culturales, para humanizar y democratizar el Derecho de

Familia. Precisamente otro de los retos a los que se enfrenta la familia se refiere a la necesidad de una conciliación entre vida familiar y laboral para la mujer, lo que requiere de un necesario apoyo público y de una concienciación social.

Insistiendo en los aspectos constitucionales, se hace imprescindible velar y legislar en las constituciones modernas, y de manera expresa, el derecho y prerrogativa de los parientes por consanguinidad, afinidad o de adopción, sin limitación de grado, a ser votados en caso de aspirar a puestos de elección popular, con extensión a las elecciones internas dentro de los partidos políticos y en las elecciones federales, locales o municipales. En suma, ha de prevalecer la tutela de la persona sustentada en los Derechos Fundamentales con el apoyo de la familia como institución instrumental.

En definitiva, el Derecho de Familia debe estar al servicio de la persona, evitando ser un derecho sólo reactivo a las crisis y conflictos familiares. Para ello ha de esforzarse en superar la tendencia de la normativa actual en la que prevalece el unitarismo en el ejercicio de la autoridad parental cuando cesa la convivencia. Finalmente, ha de evitarse la existencia de una parte débil y perdedora, de tal forma que el pertenecer a una familia no implique ni la pérdida, disminución, ganancia o aumento de ningún derecho de la persona sobre el régimen común sin justificación jurídica.

Doctor VÍCTOR AMAYA RICO y M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Informe de la relatoría de la sección 2.^a: *Matrimonio y crisis matrimoniales: celebración y efectos personales del matrimonio; nulidad, separación y divorcio; mediación.*

Presidencia: Profesor Doctor DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Profesor Doctor JOSÉ ERNESTO CRIOLLO, y Profesor Doctor JOSÉ MARÍA CONTRERAS MAZARÍO.

Relatoría: Doctor CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE, VERÓNICA DEL CARPIÓ FIESTAS y JOSÉ DANIEL PELAYO OLMEDO.

Subsecciones temáticas: 1. Derechos fundamentales de los cónyuges durante el matrimonio y en las crisis matrimoniales. La igualdad de derechos. 2. Los descendientes en caso de crisis matrimoniales. 3. Hogar familiar, ajuar y patrimonio en las crisis matrimoniales. 4. Crisis matrimonial y soluciones extrajudiciales. La mediación familiar. 5. Separación, nulidad y divorcio: causas y efectos. 6. El matrimonio religioso: celebración, efectos y crisis matrimoniales. 7. La jurisdicción de familia. 8. Aspectos sociológicos y psicológicos de las crisis matrimoniales. 9. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Los días 18 y 19 de octubre de 2004 se celebraron las sesiones de la sección 2.^a del Congreso sobre «Matrimonio y crisis matrimoniales; celebración y efectos personales del matrimonio, nulidad, separación y divorcio; mediación». Esta sección 2.^a contó con 34 ponencias con aportaciones referidas al Derecho Civil, al Derecho Eclesiástico del Estado y al Derecho Procesal-Matrimonial.

Los temas tratados durante las sesiones de trabajo abarcan un amplio campo de investigación. La mayor parte de las ponencias se han centrado en el estudio crítico del Derecho vigente, con propuestas de modificación legislativa en varios casos, y algunas ponencias presentan un enfoque dirigido a reflejar la evolución sufrida por el Derecho de Familia en las materias objeto de la sección. De las 34 ponencias presentadas, cuatro recogen el Derecho argentino, una el salvadoreño, una el mexicano, una el chileno, y una el cubano, y las restantes el Derecho español.

Los derechos y deberes de los cónyuges durante el matrimonio y en las crisis matrimoniales y la igualdad de derechos han sido objeto de varias ponencias.

En primer lugar, en materia de transexualidad se ha efectuado un estudio sobre la capacidad matrimonial del transexual en España, a la luz principalmente del derecho a la identidad. La jurisprudencia española ha reconocido el derecho del transexual al cambio de nombre y de sexo con la correspondiente modificación en el Registro Civil, y no resulta congruente negarle al mismo tiempo el *ius connubii*, siempre que se den los demás requisitos del matrimonio, como el consentimiento no viciado por el error, de forma tal que sería lógico exigir el conocimiento por el otro contrayente del cambio operado por el transexual, solución recogida en el Derecho Comparado y por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La evolución del Derecho de Familia en relación con la igualdad de los cónyuges ha sido objeto de varias ponencias. Una de ellas ha efectuado igualmente un recorrido sobre la evolución de la situación de la mujer casada desde la redacción originaria del Código Civil español de 1889 hasta la actualidad postconstitucional, para concluir que, si bien el avance hacia la igualdad es evidente, quedan aún vestigios de discriminación, como el empleo en la normativa matrimonial de conceptos jurídicos indeterminados que podrían reflejar los roles tradicionales de ambos sexos, la insuficiente valoración del trabajo doméstico a efectos civiles y la subsistencia de terminología discriminatoria. Otra ponencia recoge la evolución del Derecho de Familia español, desde la perspectiva de la influencia de la Iglesia católica, en especial en la época franquista, en la cual los Tribunales eclesiásticos tenían en la práctica la exclusiva de resolver la inmensa mayoría de los pleitos de familia, con plenos efectos civiles, con las graves consecuencias personales y patrimoniales que se derivaban para la mujer del hecho de aplicar unas normas ajenas

al orden civil, situación sólo superada tras una sentencia del Tribunal Constitucional español de 1981, que restableció la plenitud jurisdiccional de los tribunales civiles.

Los derechos y deberes de los cónyuges han sido también analizados por varias ponencias con enfoques distintos. Una ponencia ha efectuado un detallado análisis de cada uno de los derechos y deberes de los cónyuges en España, resaltando que su incumplimiento queda sancionado a través de su incardinación como causas de separación y divorcio, la desheredación, las acciones indemnizatorias en caso de matrimonio nulo para el cónyuge de buena fe y la pensión compensatoria por ruptura matrimonial e incluso las acciones penales por abandono de familia e impago de pensiones. Sobre las consecuencias del abandono del hogar y la familia se ha centrado otra ponencia, exponiendo las consecuencias como la revocación de donaciones *propter nuptias* o no y sobre la liquidación de gananciales, y en especial se ha criticado que el legislador español en el vigente Código Penal haya optado por proteger penalmente sólo aquellos derechos familiares de contenido puramente patrimonial, dejando de lado la defensa de los deberes de asistencia inherentes al matrimonio, lo que constituye un paso más en la equiparación del matrimonio a las uniones de hecho por la vía de desvirtuar la primera institución. Por último, una ponencia plantea la conveniencia de aplicar al ámbito de Derecho de Familia español los principios generales de la responsabilidad civil para daños generados por incumplimiento de los deberes conyugales, como recoge el Derecho italiano, para concluir que no sería posible reparar todo daño injustamente causado, pero sí de forma excepcional si se vulneraran derechos fundamentales o dignos de especial protección, existiera conducta dolosa o gravemente negligente y se hubiera causado daño de especial magnitud.

Por otra parte, se ha realizado una reflexión sobre los diez años de vigencia de la actual legislación salvadoreña en materia matrimonial, exponiendo las causas de divorcio, enfocadas hacia el divorcio remedio y resaltando que se exige una conciliación obligatoria. La perspectiva de estos años sobre la aplicación práctica de esta normativa permite concluir que la reforma merece una valoración muy positiva, en la que cabe resaltar especialmente el significativo éxito constatado con las conciliaciones intraproceso obligatorias, y la pretensión de generalizar las oficinas de mediación.

En lo que respecta en concreto a las causas de divorcio, la estabilidad matrimonial, como objeto de protección convencional, ha sido objeto de una ponencia, que examina los argumentos expuestos en el Parlamento chileno al tramitar la reciente Ley de Divorcio que rechazó finalmente esta posibilidad. Los argumentos sobre indisolubilidad pactada o restricción voluntaria de causas de divorcio son sistematizados por la ponencia, a la vista del Derecho comparado, para concluir en una propuesta que concilie las posturas extremas

que corresponden a concepciones distintas de la institución matrimonial, partiendo para ello del valor jurídico de la estabilidad matrimonial como valor que beneficia a la familia y a la sociedad en su conjunto.

La cuestión de la problemática de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial, analizada en la subsección 5.^a, ha dado lugar a tres ponencias, todas ellas de Derecho español. La primera ha examinado los efectos de una crisis matrimonial respecto de la vivienda familiar, desde de una perspectiva general y a la luz de la Constitución y del Código Civil, que recogen una especial protección de la vivienda familiar, de modo tal que es preciso que se atribuya su uso al cónyuge en cuya compañía queden los hijos o al cónyuge más necesitado de protección, incluso aunque no sea el titular de la vivienda, y cuáles son sus efectos en lo que respecta a la liquidación de la sociedad de gananciales. En cuanto en concreto a la vivienda familiar disfrutada en régimen de arrendamiento, se ha resaltado la existencia de posturas doctrinales y jurisprudenciales muy distintas respecto de la naturaleza familiar del arrendamiento y los efectos totalmente opuestos de inclinarse por una u otra postura en caso de crisis matrimonial al adjudicarse al cónyuge no titular, con la consiguiente inseguridad jurídica. Finalmente, se ha analizado la cuestión de las segundas residencias y su posible atribución de uso en caso de crisis matrimonial, extremo no regulado en el Código Civil, pero sí en el Código de Familia de Cataluña, que ha sido objeto de interpretación restrictiva por la jurisprudencia catalana.

Por último, la problemática procesal en España ha dado lugar a varios estudios. Se ha analizado la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 desde una perspectiva general en materia matrimonial, en contraposición con la legislación preexistente, para concluir que si bien se constatan defectos formales y remisiones imprecisas a otros procedimientos, en general las disposiciones actuales son más favorables a una justicia efectiva. Por el contrario, otra ponencia ha resaltado las dificultades prácticas que viene ofreciendo la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta al procedimiento de modificación de medidas derivadas de pleitos matrimoniales por una desafortunada redacción del artículo 775 LEC 2000, ha destacado la existencia de jurisprudencia contradictoria con la consiguiente inseguridad jurídica y ha abogado por una modificación legislativa. En lo que respecta al convenio regulador de efectos de separación, nulidad y divorcio en caso de procedimiento consensuado español, se han presentado dos ponencias que han profundizado en la naturaleza jurídica del convenio regulador, su posible equiparación con la transacción judicial y los efectos y características de la intervención judicial, así como el alcance de la autonomía de la voluntad en este ámbito tanto si hay hijos como si no los hay.

La subsección dedicada a los descendientes en caso de crisis matrimoniales ha contado con cinco ponencias, de las que fueron expuestas

tres, destacándose especialmente las dificultades que se dan en la práctica sobre el ejercicio compartido de la patria potestad cuando los progenitores del menor viven separados, especialmente en cuanto al mantenimiento del domicilio familiar y a la adecuada comunicación con el progenitor no custodio, conculcándose a menudo el principio del interés superior del menor.

En otro orden, la subsección dedicada a la mediación familiar ha contado con numerosas ponencias (ocho), de las que se han expuesto cinco, poniéndose de relieve la experiencia acumulada por la Ley catalana, la primera que regula esta materia en nuestro país, así como la proyectada legislación balear, que combina los aspectos civiles del contrato de mediación, con los administrativos de la organización del servicio.

La experiencia acumulada en la República Argentina puede ser de indudable interés para todos los países llamados a desarrollar este medio alternativo de resolución de conflictos, destacándose la necesidad de contar con equipos interdisciplinarios; la conveniencia de una primera sesión obligatoria para fomentar su difusión y su conocimiento, por los interesados, así como su introducción en los llamados «puntos de encuentro» en los que puede hacerse un seguimiento («monitorear») del cumplimiento de las medidas y evitar nuevos conflictos.

Finalmente, se destacó una interesante perspectiva a introducir en la formación y en la actividad de la persona mediadora: las implicaciones de género que se encuentran en el sistema de valores sociales y de creencias personales, que deben tenerse presentes en toda mediación familiar.

En su gran mayoría, las distintas ponencias presentadas analizan cuestiones que afectan a la institución jurídica matrimonial, como germen de la familiar, desde una doble perspectiva. Por un lado, se estudia su configuración en el ordenamiento jurídico propio de las confesiones religiosas y, por otro, en el ordenamiento jurídico civil, para finalmente y siguiendo la técnica de la comparación entre ordenamientos, intentar conseguir conclusiones válidas para ambos.

Es de destacar que se tiene muy en cuenta por los autores la actual movilidad y crisis de la institución matrimonial y que, a pesar de ello, sigue siendo la figura más recurrente por los individuos a la hora de formalizar su relación de pareja.

Se tratan cuestiones relativas a la orientación sexual de los contrayentes, estudiando la homosexualidad y la bisexualidad como impedimentos dirimientes de la nulidad matrimonial para los casos en que un homosexual o un bisexual contraigan matrimonio con otra persona del sexo opuesto y se plantee una cuestión de nulidad. Así, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico canónico, algunos ponentes consideran que ambas características han de reconducirse a la nulidad matrimonial por el capítulo de la incapacidad psico-

física que recoge el canon 1095, especialmente en su párrafo 3, del Código Canónico de 1983. Dado que los Tribunales eclesiásticos han dictado resoluciones de nulidad matrimonial sobre la base de dichas causas, y éstas pueden tener efectos civiles, se analiza el sistema de reconocimiento de sentencias canónicas en el ordenamiento jurídico civil español. Para ello se hace referencia a las normas que le sirven de basamento: el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979, celebrado entre la Santa Sede y el Estado español, el artículo 80 del Código civil, el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (aún vigente a tenor de la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000) y el recién aprobado Reglamento del Consejo de Ministros de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Se trata igualmente el dolo y el error como vicios de la voluntad constituyente del matrimonio, y dos casos de disolución del matrimonio no sacramental especialmente canónicos: el Privilegio Paulino (para matrimonios entre no practicantes) y el Privilegio Petrino (para matrimonios de culto dispar).

No sólo se ahonda en el ordenamiento canónico, sino que muestra de la actual multiculturalidad y pluralismo de la sociedad española, se estudia el ordenamiento jurídico islámico, su influencia en el ordenamiento español (a través del Acuerdo con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992) y figuras específicas como el repudio y el divorcio musulmán.

Como un detalle de la fuerte interrelación que existe entre la figura matrimonial civil y la religiosa, se atiende al proceso de secularización del matrimonio sufrido en países tradicionalmente católicos (véase, por ejemplo, España, Francia, Portugal y países iberoamericanos). Y de manera especial se atiende al reciente Concordato firmado entre el Estado portugués y la Santa Sede, con fecha de 18 de mayo de 2004. Este acuerdo supone el final de la reserva jurisdiccional de los tribunales eclesiásticos y limita la eficacia civil de sus resoluciones a la conformidad de su contenido con el Derecho matrimonial interno portugués.

Finalmente se muestra la influencia de las cuestiones matrimoniales y de su interés para la sociedad en los reflejos que se encuentran en la creación literaria artística, especialmente en el Teatro del Siglo de Oro español.

Doctor CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE, VERÓNICA DEL CARPIÓ FIESTAS
y JOSÉ DANIEL PELAYO OLMEDO

Informe de la relatoría de la sección 3.^a: *Las uniones de hecho o la convivencia extramatrimonial: modelos alternativos de grupos familiares.*

Presidencia: Profesora Doctora IVETTE COLL DE PESTAÑA y Profesor Doctor SERGIO RESENDE DE BARROS.

Relatoría: Doctora JUANA RUIZ JIMÉNEZ y ARACELI DONADO VARA.

Subsecciones temáticas: 1. Las relaciones de convivencia y el cambio social. 2. Institucionalización jurídica de las uniones de hecho: homosexualidad y transexualidad. 3. Posibilidad de equiparación entre las uniones homosexuales y las uniones heterosexuales. 4. Derecho a casarse y derecho a no casarse. 5. Efectos patrimoniales derivados de las uniones de hecho. 6. Efectos personales derivados de las uniones de hecho. 7. La regulación en el ámbito autonómico y posibles conflictos interregionales. 8. Los pactos entre convivientes. 9. Conveniencia de su regulación y ámbito de la misma. 10. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

La sección tercera sobre «Las uniones de hecho o la convivencia extramatrimonial: modelos alternativos de grupos familiares», estuvo presidida por la Profesora Doctora doña IVETTE COLL DE PESTAÑA, de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y por el Profesor Doctor don SERGIO RESENDE DE BARROS, representante oficial designado por la Universidad de Sao Paulo.

Los temas tratados durante las sesiones de trabajo fueron de lo más diverso y completo dentro de esta materia tan actual y no exenta de polémicas, no sólo en nuestro país sino también en países de nuestro entorno y aquellos que sin estar cerca geográficamente lo están emocionalmente.

Entre la temática expuesta y debatida señalamos las siguientes consideraciones:

A) *En la relación del concepto de familia con el matrimonio y las uniones de hecho* se ha puesto de manifiesto la evolución de una institución tan arraigada como es la familia, ligada durante muchos siglos al vínculo del matrimonio y que en las últimas décadas está sufriendo un cambio muy importante, y así se ha recogido por el Tribunal Constitucional Español, que ante la petición de reconocimiento de determinados derechos a las parejas estables no casadas, ha declarado que el matrimonio y la pareja de hecho son realidades diferentes y por lo tanto no hay discriminación si el legislador les otorga efectos diferentes, pero ello no significa que la familia a la que hace referencia el artículo 39 de la Constitución Española, sea únicamente la surgida del matrimonio, ya que este precepto incluye a cualquier tipo de familia.

Se ha manifestado que una de las diferencias entre el matrimonio y las parejas de hecho estaría en el requisito de la convivencia que si en los matrimonios se presume, en las uniones de hecho necesita ser probado por la pareja, siendo en algunos casos difícil su demostración, a pesar de exteriorizarse o de resultar pública y conocida.

B) *Especialmente se ha detectado una creciente inquietud por los novedosos intentos legislativos de incorporar el fenómeno de las parejas de idéntico sexo:* En relación con las parejas no casadas se distingue, por su aptitud nupcial, entre aquéllas que pueden pero no quieren casarse, esto es, uniones heterosexuales, de las que quieren pero no pueden casarse, las uniones homosexuales y de transexuales con personas de su mismo sexo. En relación con las primeras a pesar de que formen una familia, una comunidad plena de vida, si bien con divisiones, se postula que quizá debería respetarse su decisión libremente aceptada de mantenerse al margen de los formalismos y requisitos del matrimonio, por lo cual, en esta unión habría que considerar su aformalidad, y el legislador debería mantenerse al margen de su regulación o formación de un matrimonio a la carta, dado que se podría resucitar el concubinato. Se podría reformar abaratando y agilizando el divorcio, que harían que más parejas contrajeran matrimonio, al ser su dificultad el motivo que retrae a las parejas de contraerlo. En relación con las segundas, en especial las homosexuales y transexuales, en ciertos casos se ha valorado la discutida posibilidad de si es conveniente o no reconocerlas legalmente.

Las uniones homosexuales también pueden ser calificadas como uniones homoafectivas, al considerar el afecto entre personas del mismo sexo. En Brasil aún no existe norma que las reconozca y otorgue derechos y obligaciones, sin embargo, serán los tribunales los que en algunas ocasiones después de reconocer la existencia de un vínculo afectivo entre la pareja homosexual les ha concedido unos derechos restringidos y pocos beneficios.

En relación con la problemática de la institucionalización de las parejas homosexuales en el Derecho argentino, existe una regulación parcial. Se ha señalado que, dado que la familia existe como tal, con independencia de la orientación e identidad sexual de los miembros que la componen, es posible reconocerles el status de familia a estas parejas basándose en mandatos constitucionales y supranacionales.

La Sociología y el Derecho no van siempre de la mano, la ley no siempre contempla una realidad social que se está dando, en este caso, las uniones tanto hetero como homosexuales, las cuales existen y el Derecho no debe ser ajeno a ellas, y deberán ser amparadas.

En ciertos Estados plurilegislativos, como es el español, ciertas Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, han promulgado leyes especiales planteando alguna de ellas como la navarra, aragonesa y vasca, la

posibilidad de que sean adoptantes las parejas del mismo sexo, tema, el de la adopción, que ha suscitado una gran polémica.

Se ha dejado claro que existe una división doctrinal acerca de la conveniencia de que las parejas homosexuales sean incluidas en el matrimonio o no. De esta manera, también se ha señalado que en el caso de que se incluyeran las parejas homosexuales dentro de la figura del matrimonio, se podrá constituir una nueva categoría jurídica, distinta del matrimonio tradicional.

C) *En todo caso, no existe unidad de criterio ni globalización jurídica en esta materia.* Se ha estudiado el tratamiento jurídico de las parejas de hecho en el ámbito europeo, destacando, por un lado, aquellos países del norte de Europa que fueron vanguardistas en la regulación de las parejas heterosexuales y también en el reconocimiento jurídico de parejas homosexuales, llegándose a admitir incluso en determinados países el matrimonio de parejas homosexuales, un ejemplo de ello son Bélgica y Holanda.

Por otra parte, se ha analizado la evolución legislativa del concubinato en Francia, positivando el legislador francés esta unión con el fin de concederle algunos beneficios que antes estaban reservados a los matrimonios.

Esta falta de globalización también se manifiesta al estudiar este fenómeno de las parejas de hecho en los países de ámbito iberoamericano, que aunque con una regulación diferente, ha tenido en la mayoría de ellos un especial reconocimiento jurídico, debido a razones socio-económicas, étnicas y culturales de este continente. Se ha llegado incluso, en algunas legislaciones nacionales, a considerar la doctrina del matrimonio putativo en la unión de hecho. En particular, se ha detectado que en ciertos países como en México, la institucionalización del concubinato ha tenido ciertas consecuencias. Por ejemplo, el desvanecimiento del matrimonio como institución jurídica ha dado lugar a una juridificación del concubinato.

Ante la ausencia de legislación aplicable al supuesto de hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado la autorregulación por la pareja como medio para resolver la mayoría de los conflictos jurídicos que este tipo de relaciones afectivas plantean aun no considerándose la opción más acertada.

Se han ocupado de la regulación en el ordenamiento jurídico español varios estudios.

En los últimos años las parejas estables han atravesado tres momentos: Un primer momento en el que ante una ausencia de regulación, son los tribunales los que resuelven los conflictos surgidos en la pareja, en la mayoría de los supuestos conflictos de índole patrimonial. Una segunda etapa caracterizada por la promulgación de leyes de ámbito autonómico. Y, una tercera etapa, la actual, propicia una nueva andadura en la que ya existen varias Proposiciones y Proyectos de Ley.

En la regulación autonómica se destaca que, debido a la especial configuración territorial de nuestro país, es preciso conocer de cada una de ellas, los requisitos de capacidad para constituir una pareja estable, los efectos que se producen en una u otra Comunidad Autónoma, los pactos que se pueden establecer, la extinción, etc.

Esta pluralidad de requisitos y la utilización de criterios heterogéneos para determinar el ámbito de aplicación crean en algunas ocasiones confusión que desemboca en una gran discriminación e inseguridad jurídica de las parejas estables, dependiendo en qué Comunidad se encuentren.

Se ha manifestado también que la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003 no ha regulado con acierto este tipo de unión, contemplándolo únicamente como personas especialmente relacionada con el concursado, situación que le lleva a situarse en el último lugar de los créditos subordinados.

A pesar de este boom legislativo, se ha expresado que, pese al interés del legislador por regular a las parejas de hecho, ya sean homosexuales o heterosexuales, siempre quedará un grupo de parejas que no querrán contraer matrimonio y que no querrán que se les aplique ningún tipo de normativa que no sea la que protege a la familia en general, pudiendo, si es así el deseo de los miembros de la pareja, regular su relación aplicando la normativa existente, tanto en el ámbito patrimonial como en el personal.

Por otro lado, se ha reflejado la realidad social de una etnia como la gitana que reivindica que se reconozcan efectos civiles al matrimonio celebrado por el rito gitano, única manifestación que en la actualidad se conserva de los denominados «matrimonios consuetudinarios».

Y cerramos nuestra intervención, sin ánimo de provocar, pero sí de invitar a la reflexión, con dos de las frases manifestadas en las distintas intervenciones de la sección: «El Derecho se modifica por el uso, la habitualidad, los siglos y las edades». «La familia ha perdido su rumbo, hay que encauzarla para lograr la felicidad».

Doctora JUANA RUIZ JIMÉNEZ y ARACELI DONADO VARA

Informe de la relatoría de la sección 4.^a: *Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de los diversos grupos familiares.*

Presidencia: Profesor Doctor ULISES PITTI y Profesora Doctora LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO.

Relatoría: Doctora MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, Doctora FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO y Doctora MARTA GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO.

Subsecciones temáticas: 1. Disposiciones generales de los regímenes patrimoniales del matrimonio: el denominado «régimen patrimonial primario». 2. Problemática jurídica de la vivienda familiar.

3. Los convenios reguladores del régimen patrimonial: las capitulaciones matrimoniales y los pactos prematrimoniales. 4. Régimen de sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad de bienes. 5. Régimen de separación de bienes. 6. Otros regímenes patrimoniales del matrimonio. 7. La publicidad registral de los regímenes patrimoniales. 8. Los cambios de régimen económico-matrimonial en perjuicio de acreedores. 9. El patrimonio familiar en supuestos de quiebra y concurso de acreedores. 10. El procedimiento judicial para la división del régimen económico-matrimonial. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

En el marco de la sección 4.^a, que lleva por título «los regímenes patrimoniales del matrimonio y de los diversos grupos familiares», un primer grupo de ponentes ha llamado la atención sobre la necesidad de llevar a cabo una paulatina armonización del denominado régimen patrimonial primario. Se trata pues de compatibilizar un régimen imperativo e inderogable cuyas materias propias son los pilares básicos y previos de una convivencia familiar. Pero, el patrimonio familiar también ha sido objeto de tratamiento desde un punto de vista amplio y esencialmente urbano, como institución protectora de la familia a la que es capaz de brindar una gran seguridad.

Igualmente en esta sección hemos tenido la oportunidad de acercarnos con profusión a la regulación convencional mexicana y venezolana de la economía, y ello no sólo en el caso del matrimonio sino también en los supuestos de uniones de hecho. De este modo las uniones estables que cumplan todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley, habrán de producir idénticos efectos que el matrimonio.

Tampoco han faltado quienes han hecho referencia a las obligaciones patrimoniales puntuales surgidas entre o al margen de los cónyuges. Así, por un lado, la responsabilidad de los bienes gananciales por la fianza prestada por uno de los cónyuges, y por otro la declaración de obra nueva y el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal cuando el otorgante se encuentra casado y sometido al régimen de gananciales.

Como remedio para frenar los casos de crisis matrimoniales se ha propuesto la instauración de un matrimonio civil preparatorio de contornos semejantes a los cursos prematrimoniales previos al matrimonio eclesiástico. Finalmente, aunque no por ello menos importante, también hemos tenido la oportunidad de oír propuestas destinadas a la resolución de la crisis de una unión de hecho. Dado, de un lado que los conflictos económicos revisten la condición de intersubjetivos, sometidos por lo tanto al derecho privado, y de otro, que el proceso como método heterocompositivo para la resolución de los mismos presenta como principal disfunción la lentitud de nuestro sistema judicial, ciertamente las partes han de tener bien presente como alternativa a

la solución de sus discrepancias económicas, el recurso a fórmulas autocompositivas de solución, tales como la mediación y la conciliación, e incluso una segunda fórmula heterocompositiva, el arbitraje, en la cual un tercero, el arbitro, situado *suprapartes*, resuelve e impone la solución al igual que en el proceso, de forma firme y definitiva.

Hablando de régimen patrimonial del matrimonio, qué duda cabe que el tema de la vivienda familiar, como activo fundamental para el desarrollo de la familia, tiene especial relevancia. A tal efecto, como se estudia en uno de los trabajos presentados, la legislación española, desde la reforma de 1981, establece en una de las normas (1.320 del Código Civil) sobre régimen matrimonial primario, la necesidad del consentimiento de ambos para poder disponer de la vivienda familiar (enajenación, arrendamiento, usufructo o cualquier otro gravamen); limitación que, como nos da cuenta uno de los ponentes, no existe en el Derecho balear, donde, a falta de capitulaciones, rige el régimen de separación de bienes, que otorga a los cónyuges una amplísima facultad de disposición y administración.

La tutela que otorga la legislación española a la vivienda familiar alcanza además a los supuestos de crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio), razón por la cual el tema de la atribución de su derecho de uso cobra especial relevancia. En este sentido ha sido de la máxima utilidad reflexionar como ha hecho uno de los ponentes sobre las limitaciones que en el orden jurídico español (actos que requieren el consentimiento judicial) se imponen a la disponibilidad de la vivienda habitual.

Y hablando como se ha hecho de supuestos de crisis matrimoniales y de régimen patrimonial, es interesante el tema abordado por uno de los trabajos presentados sobre el controvertido carácter ganancial, durante la separación de hecho, de los bienes y derechos adquiridos por los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, en el supuesto de que no hayan utilizado ninguna de las alternativas legales (adopción de un régimen distinto que se adecuó mejor a la nueva situación, solicitud judicial de la disolución de la sociedad de gananciales, instancia de separación judicial) y continúen bajo el régimen de gananciales; dándose casos, que de aplicarse estrictamente la ley, serían injustos, al solicitar el cónyuge que abandonó la mitad de los bienes gananciales; pero que afortunadamente nuestro alto Tribunal, realizando una interpretación *contra lege*, ha impedido que tales bienes se incluyan en el activo ganancial.

Los posibles escollos que se presentan cuando el régimen ganancial es que el que rige las relaciones económicas entre los cónyuges, al parecer se extienden cuando tiene lugar la disolución de dicha sociedad de gananciales y se crea lo que doctrinal y jurisprudencialmente se viene denominando comunidad post ganancial, provocada por el *iter*, en ocasiones durante muchos años, entre la fase de disolución y la definitiva liquidación de la masa patri-

monial ganancial, cuestión que en opinión del ponente, en uno de los trabajos presentados, se debe a que la delimitación del proceso de liquidación no está sujeto a plazos temporales, debiendo diferenciarse las hipótesis de comunidad post ganancial hereditarias de las de comunidad post ganancial debida a separación.

El régimen pactado, sea el de separación de bienes, gananciales o cualquier otros, es cuestión, cuyo conocimiento, una vez superada la polémica entre protección e interés de los terceros y derecho a la intimidad personal y familiar, no sólo compete a los cónyuges sino incluso a terceros. Nos referimos al tema de la publicidad del régimen económico del matrimonio, cuestión tratada en tres de las ponencias presentadas en este evento y donde se coincide en señalar las insuficiencias de los soportes legales establecidos, país para tal publicidad, y se propone la revisión de la normativa existente para que el acceso al Registro de los pactos capitulares sea imperativo y que el contenido de tales pactos puedan ser conocidos por quienes aleguen interés legítimo. Además de los temas anteriores, fueron objeto de exposición y debate, en la sección de régimen patrimonial de la familia, las siguientes cuestiones:

Varios ponentes se ocuparon de la tendencia cada vez más creciente en España, de ampliar el contenido de las capitulaciones matrimoniales a aspectos que no constituyen estrictamente el contenido típico del negocio capitular. Así, por ejemplo, se habló de las capitulaciones como recipiente de los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria. En general, los autores se muestran reticentes ante estos pactos y dudan de la eficacia y utilidad de los mismos, en la medida en que el control judicial sobre estos pactos de renuncia *ex ante* desvirtúa en muchos casos el contenido de los mismos. Es decir, cuando en fase de crisis matrimonial el cónyuge que, teóricamente, tendría que satisfacer una pensión compensatoria ante el hipotético desequilibrio que sufre el otro, pretende hacer valer el pacto de renuncia previa puede encontrarse con que ese pacto quede sin efectos porque el juez considere que las circunstancias han cambiado sensiblemente. De este modo, el juez no sólo tendría, al amparo del artículo 97 del Código Civil español, potestad para modelar la cuantía de la pensión, sino también para determinar si existe o no un desequilibrio y, en consecuencia, si es procedente o no la exigibilidad de la pensión, con independencia del pacto de renuncia previa.

Otros ponentes se han ocupado de reflejar otros contenidos, esta vez típicos, de las capitulaciones matrimoniales en España. Parece que es relativamente frecuente que los cónyuges alteren el carácter legal, común o privativo, de determinados bienes. Se ha defendido la validez de estas estipulaciones capitulares cuya eficacia ha sido puesta en tela de juicio en países como Italia. Más frecuente resulta todavía, como se deduce de otros trabajos presentados, la utilización de las capitulaciones matrimoniales, como instrumen-

to para alterar —no parcialmente— el carácter de algún bien, sino, totalmente, el régimen económico-matrimonial en su conjunto. Concretamente, en España es especialmente significativo el problema de la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, adjudicando al cónyuge que no ha contraído formalmente la deuda pero que sí es cotitular con el otro de bienes gananciales responsables los bienes económicamente más valiosos con el consiguiente perjuicio del acreedor que, ante el impago de la deuda, se dirige a embargar el patrimonio responsable y se encuentra con que está adjudicado a nombre de quien no figura como deudor, habitualmente la mujer. Siendo dos los tipos de acreedores perjudicados: los privativos del deudor y los gananciales o comunes, se ha propuesto la aplicación a ambos, aun en contra del sentir mayoritario en la jurisprudencia y en la doctrina, del remedio general del artículo 1.317 del Código Civil español.

Finalmente, se ha cerrado la presentación de trabajos sobre esta materia con las repercusiones del nuevo derecho de insolvencia español —que ha entrado en vigor muy recientemente— en el régimen patrimonial del matrimonio. Han sido tres los trabajos dedicados a estudiar estas cuestiones y de ellos se pueden colegir las siguientes ideas: no siempre existe la coordinación necesaria entre las nuevas normas concursales y las normas civiles sobre régimen económico-matrimonial; se ha criticado el tratamiento de crédito postergado o subordinado que la nueva Ley Concursal atribuye al crédito constituido por el cónyuge del concursado contra este último. Subordinarlo con independencia del momento en que se contrajo pudiera suponer una sanción demasiado desproporcionada y una desconfianza —no siempre justificada— respecto a las personas especialmente relacionadas con el concursado.

El broche final de esta sección temática lo puso una propuesta a favor de la desjudicialización de los conflictos patrimoniales de la familia.

Doctora MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO,
Doctora FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO y Doctora MARTA

Informe de la relatoría de la sección 5.^a: *El parentesco y la filiación: patria potestad; alimentos entre parientes; adopción; reproducción o fecundación asistida; clonación.*

Presidencia: Profesor Doctor FERNANDO HINESTROSA, y Profesora Doctora M.^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ.

Relatoría: Doctora M.^a PAZ POUS DE LA FLOR y Doctora PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ.

Subsecciones temáticas: 1. El parentesco: relaciones jurídicas creadas. 2. El deber de alimentos entre parientes: derecho legal y convencional. 3. Filiación matrimonial. 4. Filiación no matrimonial.

5. Filiación adoptiva. 6. La patria potestad: relaciones jurídicas creadas. 7. Reproducción asistida y filiación. 8. Madres de alquiler: la maternidad subrogada. 9. La fecundación *post mortem*. 10. La clonación: el debate bioético. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

La sección 5.^a celebró sus sesiones el día 20 de octubre en la ciudad de Huelva. Ha estado presidida por los Doctores doña M.^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ (España) y don HÉCTOR GOYENA CÓPELO (Argentina), ya que, finalmente, el Profesor HINESTROSA no pudo comparecer. Intervinieron como relatoras las Doctoras PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ y M.^a PAZ Pous DE LA FLOR (España).

Los temas que se debatieron en esta Comisión fueron: «La posesión de Estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica»; «Filiación y paternidad temporal, ¿padres temporarios?»; «Efectos jurídicos del reconocimiento voluntario de la paternidad de hijos no biológicos delante del derecho de familia brasilero»; «La doctrina jurisprudencial en torno a la impugnación de la paternidad por el marido»; «El conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo en los procesos sobre filiación»; «Pertinencia de la adopción entre parientes en el ordenamiento jurídico cubano»; «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad»; «La patria potestad y el rol garante de los padres»; «Negativa al sometimiento a las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad: *facta confessio*»; «El derecho a la reproducción humana: fundamento y nuevos problemas»; «Lectura constitucional de la obligación alimentaria en Costa Rica»; «La obligación legal de alimentos entre parientes en España»; «La responsabilidad alimentaria de los abuelos»; «El contrato de alimentos: su tratamiento en el ordenamiento jurídico español»; «El incumplimiento del contrato de alimentos»; «Reproducción asistida y filiación»; «Panorama legislativo de la procreación asistida en México»; «La determinación de la filiación en la fecundación *post mortem*»; «El precio del amor»; «Aspectos jurídicos de la transferencia de cigotos sanos seleccionados como consecuencia de un diagnóstico genético preimplantatorio»; «El derecho a la identidad, su recepción y proyección en el sistema jurídico argentino con relación a las acciones de determinación e impugnación de la paternidad»; «La investigación de la filiación y las pruebas biológicas de paternidad, Genética y filiación».

Durante las exposiciones y debates que se suscitaron, se apreció un alto rigor científico de los participantes, siendo acotados los contenidos con enfoque multidisciplinario, lo que permitió alcanzar el análisis integral que requiere el Derecho de Familia en el momento actual.

Tanto profesores, investigadores, juristas y profesionales de diversas disciplinas aportaron sus experiencias teórico-prácticas sobre los derechos fundamentales que les asiste a cada uno de los miembros de la familia.

Una de las materias que ha merecido mayor atención de entre las recogidas en esta sección ha sido la relativa a la *reproducción o filiación asistida*, dado que plantea serios problemas de índole tanto jurídica como ética, en especial, con relación a la determinación de la filiación y a la posibilidad de intervención y de elección dentro de todo el procedimiento.

Las principales propuestas en este tema versaron sobre los siguientes planteamientos:

- El consentimiento de los usuarios, presupuesto indispensable para la realización de las prácticas de reproducción asistida, necesita, sin embargo, en la legislación mexicana, una normativa que complete el marco jurídico, por ejemplo, determinando las formas de otorgarlo y sus efectos.
- La reproducción asistida en España se asienta dentro del respeto a los valores, principios y derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho a la libertad, a la intimidad personal y familiar, al matrimonio y protección familiar.
- En cuanto a la posibilidad de que se apliquen las técnicas de reproducción asistida a mujeres solas, se plantean grandes problemas sobre la conveniencia o no de su admisión, ya que se condena a los menores no tener nunca el referente de padre.
- Con respecto a la fecundación *post mortem* se ha destacado, desde Argentina, la necesidad de contar con un cuerpo legal humanista, dirigido a proteger a la persona creada por el empleo de estas técnicas fortaleciendo su condición de sujeto de derechos desde el instante mismo de la concepción.
- Con relación a la clonación se establecen enormes cautelas en la aplicación sistemática de esta técnica, más cuando el Protocolo sobre Prohibición de Clonación Humana, anejo al Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos del Consejo de Europa, veda la posibilidad de aplicar las técnicas de clonación a la reproducción humana. En España la práctica de clonación está prohibida y castigada con pena de privación de libertad que puede llegar hasta cinco años.
- Asimismo, se ha destacado la necesidad de realizar en el discurso jurídico una distinción muy exigente entre el preembrión, origen incipiente de la vida humana, y la persona en sentido jurídico, con la titularidad de derechos que supone, para poder dilucidar si la ley debe proteger de igual manera a ambos.

En otro orden, dentro de las materias analizadas en esta sección, se encuentran la relacionada con la *filiación y la determinación del parentesco*. Dentro de ella cabe destacar:

- Resulta significativo cómo la posesión de Estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica dentro del Estado argentino.
- El avance de la doctrina jurisprudencial en torno a los supuestos de impugnación de la paternidad se refleja en admitir que además de la fecha de inscripción en el Registro Civil, se debe considerar el momento en que el marido de la madre tuviera conocimiento de que no es el padre biológico del hijo de su esposa.
- Destacamos el notable papel que la figura del defensor judicial asume en los conflictos entre progenitores y el hijo cuando se trata de reconocer la filiación. En igual sentido, se establece para los supuestos de patria potestad rehabilitada, cuya utilidad práctica cada vez es mayor.
- La negativa a someterse a las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad, sigue siendo uno de los retos de todos los ordenamientos jurídicos y de la jurisprudencia de los más Altos Tribunales.

También ha merecido atención, por parte de los congresistas, la materia relativa a la *obligación de prestar alimentos ente parientes*. Esta obligación, existente como obligación legal en prácticamente todos los países del mundo, plantea sin embargo diferentes problemas en su aplicación, para cuya solución no resulta suficiente con el estudio de las premisas legales, siendo la jurisprudencia quien va marcando el alcance del sistema normativo.

En este sentido, se observa en España en los últimos años un notable aumento cuantitativo de reclamaciones, muy especialmente por parte de hijos mayores que siguen necesitando asistencia de sus progenitores, habiéndose destacado que sería deseable de *lege ferenda* una mayor clarificación de las relaciones entre la labor asistencial y pública del Estado y la de la familia.

También se ha planteado el orden de las reclamaciones en la prestación del deber de alimentos, habiéndose propuesto la prevalencia del grado más próximo de parentesco en la obligación alimentaria, sobre todo cuando son los nietos quienes reclaman alimentos de los abuelos, existiendo los padres, y el problema es en realidad un conflicto de valores.

Por otra parte, se observa cómo los poderes públicos, aunque en su caso garanticen la suficiencia económica de las personas mayores, lo que no siempre ocurre, no pueden, sin embargo, atender a sus necesidades afectivas y de compañía. A la vista del progresivo envejecimiento de la sociedad y de la incorporación de las mujeres, tradicionalmente dedicadas al cuidado de la familia, al mundo laboral, se ha propuesto la vía del contrato de alimentos para cubrir este tipo de atenciones. En España, en concreto, este contrato dispone ya de regulación legal, y su estudio ha merecido la atención de varias ponencias, sobre todo en lo relativo al contenido de la prestación prometida y al régimen jurídico del incumplimiento.

Para concluir debemos manifestar que en esta sección se ha planteado también la existencia de un derecho al afecto paterno, y a una posible indemnización por no haber disfrutado del mismo, indemnización que ha sido concedida por la justicia brasileña en varias ocasiones y que viene a poner un precio al amor.

Doctora M.^a PAZ POUS DE LA FLOR
y Doctora PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

Informe de la relatoría de la sección 6.^a: *La protección del menor, de la tercera edad y las instituciones tutelares, la discapacidad: tutela, acogimiento residencial y familiar; la guarda de hecho.*

Presidencia: Profesora Doctora LOURDES WILLS RIVERA, Profesor Doctor ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y Profesor Doctor CARLOS LASARTE ÁLVAREZ.

Relatoría: Doctora LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, Doctora ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT y doña ÁFRICA GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

Subsecciones temáticas: 1. Derechos de las personas mayores. 2. Incapacitación e internamiento de los mayores. 3. Protección del anciano en el tráfico negocial. 4. La autotutela. 5. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 6. El defensor del menor. 7. El interés superior del menor. 8. La capacidad del menor en el ejercicio de los derechos. 9. Derechos y deberes de los menores. 10. El internamiento del menor en centros especiales. 11. Instituciones tutelares: tutela ordinaria, la tutela del Estado, curatela. 12. Acogimiento y sus clases. 13. La guarda de hecho. 14. Inmigración y menores. 15. Derechos del concebido. 16. Otros temáticamente relacionados con los de esta sección.

La sección sexta del decimotercer Congreso Internacional de Derecho de Familia celebró sus sesiones de trabajo en horas de mañana y tarde del miércoles 20 de octubre de 2004. Estando presidida por la Profesora Doctora doña LOURDES WILLS RIVERA (Venezuela), y los Profesores Doctores don ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS (Argentina) y don CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (España) y actuando como relatoras las Doctoras doña LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, doña ROSA ADELA y doña ÁFRICA GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

Del conjunto de las exposiciones realizadas en esta sección, debemos resaltar una triple temática: la protección del menor, la discapacidad y la tercera edad.

Dentro de las cuestiones planteadas en este foro en torno al menor y en relación con el Derecho argentino, en primer lugar, se ha abordado la nece-

sidad de una defensa o representación jurídica del menor de carácter multidisciplinar y de índole especializada.

Otra de las ponencias ha subrayado que, siendo la familia uno de los ámbitos donde más se violan los derechos fundamentales de los niños, se arbitren mecanismos de defensa y protección a su alcance mediante servicios jurídicos independientes, gratuitos y suficientemente publicitados.

Finalmente, se ha defendido que para comprender el «derecho a la identidad» del niño deben integrarse sus diversas dimensiones, sin dar alcance absoluto o dogmático a ningún aspecto por separado. Realizando una descripción general del Derecho de Familia y de Menores en Puerto Rico, América Latina y algunos Estados norteamericanos se ha destacado la importancia del Derecho Procesal para garantizar los valores y principios que deben guiar dicho sector normativo.

Pasando a las ponencias centradas en Derecho español debemos destacar las siguientes ideas: Respecto de los contratos afianzados, tras un estudio del artículo 1.824 del Código Civil español se ha afirmado que el precepto es extensible a las situaciones de incapacidad, aunque no las cite textualmente, y que la fianza se mantenga para el caso en que la obligación resulte tanto anulable como nula.

Sin negar la potestad democrática de la actual mayoría parlamentaria, se ha postulado que las parejas homosexuales en ningún caso puedan adoptar y que el ámbito convivencial natural del menor es el de la familia matrimonial.

Otra de las ponencias se ha centrado en el estudio de la génesis, de la evolución y de las particularidades, que nos ofrece el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor o *favor minoris*.

Desde la consideración de España como Estado autonómico, se ha puesto de manifiesto la necesidad de una adecuada regulación e integración de las instituciones tuitivas y el peligro que conlleva la innecesaria multiplicidad de figuras protectoras del menor.

Desde la perspectiva jurídico-penal, se ha presentado una reflexión sobre la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en la que destaca la idea de reeducación que ha guiado al legislador, teniendo siempre presente el interés superior del menor.

Se ha analizado el amplísimo catálogo de penas impuestas para los delincuentes juveniles, que ahora se denominan «medidas», profundizándose en las que conllevan privación de libertad y denunciándose la desigualdad e inseguridad jurídica que comporta atribuir su cumplimiento a las diversas Comunidades Autónomas, así como la falta o escasez de centros para internamientos terapéuticos.

De otra parte, se ha resaltado que el Fiscal de menores debe ir más allá de la solución directa de conflicto social, preparando, en colaboración con los

equipos técnicos, la solución que mejor se adecuó a los fines del proceso, sin que el Juez pueda imponer una medida más restrictiva de derechos.

Igualmente, se han puesto de relieve las medidas de intervención de la Administración Pública, dependiendo de las diferentes situaciones de desprotección del menor. De entre estas medidas ha despertado mayor interés la de los menores que se encuentran en situación de desamparo.

En estos casos, y centrándonos en el modelo español, las administraciones públicas asumen automáticamente la tutela de los menores desamparados a través de la institución del acogimiento.

Dentro de las diferentes clases de acogimiento, los ponentes han centrado su atención en el acogimiento familiar, considerándose el más adecuado para el desarrollo del menor.

Se ha sugerido también una mayor difusión y promoción de esta figura y la conveniencia de separarla nítidamente de la adopción.

La rica problemática del menor trasciende nuestras fronteras y, por ejemplo, en Argentina, un sector doctrinal defiende la necesidad de modificar el régimen legal de adopción, cuando la guarda de hecho es ejercida por personas elegidas por los padres biológicos del niño, en aras a defender el interés superior del menor, así como de regular el sistema de tutela compartida en casos especiales, como el de la tutela de nietos y la curatela de hijos mayores incapaces o inhabilitados judicialmente.

Se han tratado específicamente dos de los temas más singulares de la libertad religiosa en nuestro tiempo: Las creencias religiosas como base del rechazo o no de los tratamientos médicos y la enseñanza de la religión en la escuela.

Respecto al primer punto, se ha puesto de relieve que existe una sentencia del Tribunal Constitucional español, pionera en esta materia, y muy discutida por la doctrina, que defiende la necesidad de tener en cuenta las convicciones religiosas del menor aunque entre en conflicto con el derecho a la vida.

Respecto a la enseñanza de la religión en la escuela, tema ya clásico, ha adquirido una nueva dimensión debido al creciente fenómeno migratorio y a la multiplicidad de confesiones religiosas existentes en las sociedades actuales. La situación del concebido y no nacido es todavía hoy, en los albores del siglo XXI, uno de los grandes temas sometidos a la discusión jurídica.

El punto de partida de esta cuestión es un principio del Derecho romano, según el cual el *nasciturus* es titular de derechos. Tal principio ha pervivido a lo largo de la Historia y en España lo han acogido diferentes textos legislativos y actualmente nuestro Código Civil.

En este foro hemos escuchado la defensa de la tesis de que el nuevo ser existe desde el momento de la concepción y, desde ese momento, tiene que ser objeto de protección jurídica, tanto si se trata de un feto en el vientre materno como de un embrión fecundado *in vitro*.

Se ha sostenido, por ejemplo, en la legislación mexicana federal, que si bien existen normas que reconocen derechos al *nasciturus*, no le reconocen personalidad jurídica hasta después de su nacimiento, lo que no impide defender la ubicación del *nasciturus* como sujeto de derechos sin personalidad.

Debe destacarse que la protección del *nasciturus* no está limitada al Derecho Civil, sino que encuentra también su fundamento en el Derecho Público, particularmente en el Derecho Penal y en el Derecho Social.

La discapacidad y la incapacitación judicial han sido temas abordados con profusión desde distintos aspectos tanto jurídicos como sociales y sanitarios.

La situación personal de los individuos en relación con su capacidad es un tema relevante en nuestros días, pero también lo fue en Roma donde podemos encontrar el origen de la moderna distinción recogida en el Código Civil español entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Instituciones que precisan de una actualización de sus principios que tenga presente que la normativa moderna de Derecho Civil y sus categorías constituyen el resultado de una larga y compleja evolución.

La «identidad» del niño garantizada por convenciones internacionales y normas constitucionales está compuesta tanto por su origen biológico como por su desarrollo existencial: sus relaciones en el afecto, su cultura, sus experiencias vitales y el camino de su crecimiento. Pero cuando la familia natural se desintegra, la sociedad y el derecho brindan alternativas supletorias para los niños: guarda, adopción o tutela, vínculo que pasa a formar parte también de su «identidad».

En las últimas décadas, la tutela y demás instituciones de guarda legal han adquirido una extraordinaria relevancia social que ha cristalizado en la necesidad de proporcionar una adecuada protección jurídica a los menores no sujetos a la patria potestad y a los incapacitados. El estudio de la evolución en el tratamiento jurídico de la incapacidad adquiere hoy en día especial relevancia, sobre todo la del enfermo psíquico que requiere un tratamiento multidisciplinar.

Con ocasión del año europeo de las personas con discapacidad —en Europa a comienzos de 2004 son 38 millones las personas que se encuentran en esta situación—, el legislador español ha dictado algunas disposiciones sobre la materia. Notable es la Ley 41/2003, de «Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», que regula un patrimonio protegido que queda vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad además de tipificar la autotutela e introducir distintas modificaciones del Derecho de Sucesiones.

La entrada en vigor de la Ley 41/2003 plantea, entre otros, el problema del control de la gestión del patrimonio de las personas con discapacidad, especialmente en los casos que no pueden gobernarse por sí mismas. De ahí que deba resolverse el papel que el administrador, mandatario o representante

tendrá en caso de incapacitación, así como, en su caso, examinar sus relaciones con los órganos de la tutela: Tutor, Juez y Ministerio Fiscal.

Al hilo del análisis de la autotutela, se plantea la posibilidad de vertebrar la regulación de la incapacitación y de la discapacidad de manera unitaria que englobe, si es preciso en un solo texto, quién es sujeto discapaz, incapaz o disminuido, con todos los efectos civiles que comportan las diversas situaciones, así como arbitrar nuevas fórmulas de guarda.

Por último se han analizado distintos aspectos de la tercera edad. Los actuales cambios sociales han propiciado la necesidad de articular nuevas formas de protección de la tercera edad. Se trata de individualizar soluciones adecuadas para la protección de los ancianos, no en cuanto a su edad avanzada, sino para una situación de particular debilidad. No una tutela del anciano en sí, sino una tutela del anciano efectivamente dependiente.

Como estudio interdisciplinar se analiza la «gerontoinmigración», que estudia la movilidad transfronteriza de las personas mayores, desde una triple perspectiva: el nivel de protección de los derechos de una población envejecida, extranjera y en gran medida desintegrada; la importancia del capital social que representa dicha población y las ventajas e inconvenientes que supone tanto para los lugares de origen como para los de destino.

Se ha tratado también, desde distintos aspectos, el desamparo, su concepto, las causas que pueden provocar su declaración, y el órgano encargado de la misma, realizándose un estudio comparativo del desamparo de los incapacitados con el de los menores de edad. Todo ello partiendo del análisis de las normas estatales y autonómicas que regulan esta situación.

Doctora LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, Doctora ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT y doña ÁFRICA GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Informe de la relatoría de la sección 7.^a: *La familia y la herencia: distintos aspectos sucesorios y relaciones familiares.*

Presidencia: Profesor Doctor HÉCTOR ROBERTO GOYENA COPELLO, Profesor Doctor ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS y JOSÉ LUIS LLEDÓ GONZÁLEZ.

Relatoría: Doctora CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ y LOURDES TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA.

Subsecciones temáticas: 1. Sistemas hereditarios: posibilidades de distribución de los bienes. 2. El testamento y los pactos sucesorios. 3. Tipología y clases de testamentos admitidos en Derecho. 4. La sucesión intestada y la protección de la familia. 5. La sucesión forzosa: libertad de testar frente a sistemas de legítimas. 6. Las reservas hereditarias. 7. La capacidad para suceder *monis causa*.

8. La sucesión contractual. 9. La protección de los familiares en la partición de la herencia. 10. La protección de la memoria de los difuntos. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Debe aceptarse la autonomía de la voluntad, desde el Derecho argentino, en materia sucesoria, pero con límites en la tutela de la vivienda familiar cuando sobrevivan el cónyuge o herederos necesitados, atribución de elementos *post mortem* y compensaciones debidas.

El Derecho positivo español no contiene una norma que subordine la eficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge a la continuidad de la situación matrimonial al tiempo de la apertura de la sucesión, por tanto, la nulidad, divorcio o separación sólo tendrá efecto revocatorio cuando se haya previsto tal contingencia en el testamento. Por ello, parece deseable que, de *legeferenda*, una norma legal establezca que sería determinante del llamamiento al cónyuge, su condición de tal.

Al cónyuge, por el mero hecho de serlo, se le reconocen unos derechos sucesorios, como, por ejemplo, la legítima. Se destaca la necesidad de que en esta materia exista igualdad de trato en la sucesión testada e intestada y que la separación de hecho sea causa de privación de la legítima.

Desentenderse de los mayores ingresándolos en residencias y condenarlos a la marginación familiar, no debe permitir simultáneamente estar a la expectativa de recibir por vía de sucesión, la legítima.

Existe la necesidad de flexibilizar el régimen de legítimas. Un paso en esta dirección tiene lugar con la reforma del Código Civil español por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al permitir gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria, por voluntad del causante a favor de descendientes judicialmente incapacitados.

Se detecta cierta tendencia a considerar la separación de hecho como causa objetiva de separación. También se tiende a una absoluta libertad de testar superando el actual sistema de legítimas como *pars bonorum* mediante su consideración como *pars valoris* o derecho de crédito.

Se plantea la necesidad de una profunda modificación en la regulación de las legítimas en aras de una mayor libertad de disposición del testador.

En la reserva lineal, el ascendiente reservista es auténtico propietario de los bienes pudiendo, en consecuencia, realizar actos de disposición sobre los mismos, los cuales sólo subsistirán cuando al tiempo de su fallecimiento no existan reservatarios. En vida del reservista, los potenciales reservatarios no podrán actuar contra dichas enajenaciones.

En la reserva viudal destaca la facultad dispositiva del viudo *inter vivos*, tanto a título lucrativo como oneroso, pero debe constituir desde el nacimiento de la reserva ciertas garantías legales a favor de los reservatarios que

limitan su plena disposición y que harán relevante la situación del tercero registral, en caso de existir éste.

El sucesor debe ser sujeto de derecho y, por lo tanto, tener personalidad; cuando el nacimiento del sucesor no se ha producido, la efectividad del llamamiento a heredar queda en suspenso a la espera de la producción de este acontecimiento.

Según la ponencia correspondiente, el embrión crioconservado por fecundación homologa es una persona por nacer, equiparándose al *nasciturus*, que es sujeto de derecho y, aunque sea concebido fuera del seno materno no altera esta conclusión.

En el Derecho argentino, los parientes discapacitados no parecen como sujetos de privilegio alguno y concurren a la sucesión del causante en igualdad de condiciones que sus coherederos. Sería necesario una reforma que garantice los derechos de los herederos que se encuentran en una situación de desventaja por su incapacidad.

El pago de la pensión compensatoria no se extingue con la muerte del deudor, para ello, el legislador convierte la pensión en una deuda del causante, pero dándole el tratamiento de una carga testamentaria, sin que pueda considerarse un legado, ya que su origen no es la voluntad del causante.

La última reforma del Código Civil español prevé que el cónyuge viudo pueda realizar la función de contador-partidor en la partición hereditaria. Esta posibilidad se considera de gran interés, ya que supone que el cónyuge sobreviviente que no contraiga ulteriores nupcias y al que el difunto hubiera hecho el encargo, puede dilatar en el tiempo la aplicación de la última voluntad del testador, lo que lleva consigo o permite que el cónyuge sobreviviente tenga más tiempo para sopesar y estudiar el futuro del patrimonio del causante.

La ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación específica para la empresa familiar constituye el origen de numerosos conflictos que sirven de encrucijada para intereses personales, familiares y empresariales. Las propuestas presentadas y analizadas como instrumentos de estabilización de la familia empresaria son tres: las capitulaciones matrimoniales, la sucesión del empresario y el protocolo familiar.

El hecho de la sustracción de bienes pertenecientes al patrimonio familiar hereditario realizado por el llamado a heredar no vale como un acto de aceptación de la herencia en el Derecho romano. Sin embargo, este hecho en el Derecho positivo vigente, tanto en el español como en otros europeos, los llamados a heredar que sustraen bienes hereditarios son considerados herederos puros y simples, y por lo tanto la sustracción sí vale como adición.

En el Derecho romano era supuesto normal de tutela el nombramiento de una pluralidad de tutores testamentarios. Esta situación presenta algunos inconvenientes, pero también existen ventajas, pues aseguran los intereses pupilares así como garantizan el posible riesgo de que el tutor se aproveche de

su posición en detrimento de aquellos. Estas ventajas permanecen inalteradas en el Derecho Civil español.

A pesar de las reformas introducidas en el Derecho español, respecto a la continuidad de la empresa en casos de crisis matrimonial y la sucesión *mortis causa*, es necesaria la aprobación de una ley que regule el estatuto jurídico de la organización y transmisión del patrimonio empresarial estableciendo los cauces más apropiados para asegurar la continuidad de la empresa, con especial atención a la empresa familiar.

Doctora CARMEN NÚÑEZ MUÑOZ y LOURDES TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA

Informe de la relatoría de la sección 8.^a: *La familia ante el derecho tributario*.

Presidencia: Profesor Doctor JAVIER LASARTE ÁLVAREZ.

Relatoría: Doctora MÓNICA ARRIBAS LEÓN y Rocío LASARTE LÓPEZ.

Subsecciones temáticas: 1. La familia ante la imposición sobre la renta. 2. La familia ante la imposición patrimonial, en particular, ante el Impuesto sobre Sucesiones. 3. Familia y tratamiento fiscal del ahorro. 4. Régimen tributario de la empresa familiar. 5. Familia y tratamiento fiscal de la vivienda. 6. Protección familiar mediante planes y fondos de pensiones. 7. Protección patrimonial de miembros de la familia con discapacidad. 8. Competencias de las Comunidades Autónomas en el régimen fiscal de la familia. 9. Uniones de hecho frente al Derecho Tributario. 10. Disolución del matrimonio ante el Derecho Tributario; en particular, régimen de las pensiones compensatorias y anualidades por alimentos. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Los temas tratados en las ponencias se han referido a: «Medidas públicas de protección a la familia y fecundidad. Algunas consideraciones en el caso español»; «La familia y la deducción por inversión en vivienda habitual en el IRPF: situación actual y perspectivas de futuro»; «La vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta»; «Los beneficios fiscales de la vivienda habitual»; «Pensiones compensatorias y anualidades por alimentos en el IRPF»; «Familia y exenciones en el IRPF»; «La deducción por maternidad en el IRPF»; «Beneficios fiscales otorgados por las Comunidades Autónomas de régimen común a los minusválidos en el IP, IRPF, ISD e ITPAJD»; «ISD: adecuación a la Constitución y propuestas de reforma»; «Las parejas de hecho ante el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones»; «El patrimonio protegido de los discapacitados».

En la tarde del martes se desarrolló la sesión 8.^a del Congreso dedicada a «La familia ante el Derecho tributario», con once ponencias presentadas bajo la presidencia del Profesor LASARTE ÁLVAREZ.

La familia hoy día se presenta como un elemento básico en la graduación de la capacidad económica de los sujetos. Esta idea está muy presente en el legislador tributario actual, pero, como han puesto de manifiesto las diversas ponencias, aún queda lejos una regulación satisfactoria que abarque todos los aspectos tributarios que plantea.

Como excepción nos encontramos el tema del discapacitado, donde, gracias a la reciente Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la regulación empieza a ser completa; así ha quedado expuesto en los trabajos presentados: «El patrimonio protegido de los discapacitados» y «Beneficios fiscales otorgados por las Comunidades Autónomas de régimen común a los minusválidos en el IP, IRPF, ISD e ITPAJD».

Pero quedan aún muchos frentes abiertos en nuestra materia. En este sentido se han expuesto cuestiones relativas al tratamiento fiscal de la vivienda habitual, objeto de tres ponencias distintas. Se ha estudiado la controvertida deducción en el IRPF por adquisición de vivienda, la residencia familiar después de una separación o divorcio, la vivienda en alquiler o la arbitrariedad del régimen de las cuentas viviendas. Asistimos en la actualidad a un interesante debate sobre la conveniencia de mantener o no la mencionada deducción, ya que, de acuerdo con algunos sectores, su eliminación podría servir para abaratar los precios de las viviendas y dar un impulso al alquiler. En general, las propuestas planteadas pasan por introducir nuevos incentivos para potenciar el mercado del alquiler, pero sin suprimir la deducción actual por adquisición o rehabilitación.

Por otra parte, también se ha incidido en las consecuencias fiscales del régimen económico derivado de una crisis matrimonial, en concreto la tributación de las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos. Se ha puesto de relieve como bajo el régimen actual pueden darse situaciones de injusticia tributaria derivadas tanto de la imprecisión de las sentencias judiciales de separación y divorcio a la hora de determinar las cuantías de estas cantidades, como de la «mejor» situación tributaria en la que puede quedar un matrimonio separado frente a uno que no lo está por el juego de la fiscalidad establecida para estas pensiones.

En cuanto a las medidas públicas de apoyo a la fecundidad, se han tratado los problemas que plantea la deducción por maternidad en el IRPF, que en general se valora de modo positivo, ya que supone dar un mejor tratamiento a la familia, pero es posible y necesario perfeccionar su régimen jurídico, que resulta excesivamente complejo, y hacerla más equitativa.

Por último, se han analizado dos delicadas cuestiones relacionadas con el ISD: de un lado, su propia constitucionalidad y la conveniencia de su man-

tenimiento; y de otro, el régimen de las parejas de hecho. Respecto al primer punto, se ha concluido la necesidad de reformar este impuesto, aunque sin derogarlo, y se ha denunciado la utilización que cada Comunidad Autónoma hace de este tributo cedido; conviene tener presente que aunque estos entes territoriales no tienen competencia para suprimirlo, algunas de las medidas autonómicas adoptadas pueden suponer un ejemplo de competencia fiscal desleal y constituir una supresión de facto del impuesto. En cuanto a las transmisiones hereditarias entre miembros de las llamadas uniones no matrimoniales, se ha puesto de manifiesto que, mientras algunas Comunidades Autónomas han intentado solventar el problema con normas propias, en ninguno de los preceptos estatales vigentes se admite una asimilación con las uniones matrimoniales, posibilidad que ha sido además rechazada por la línea jurisprudencial dominante; conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ambos tipos de uniones constituyen dos realidades diversas que no han de recibir necesariamente idéntica respuesta por parte del Ordenamiento Jurídico, pero el principio de capacidad económica (art. 31.1 de la Constitución Española) constituye un poderoso argumento para reclamar tal equiparación en relación con la fiscalidad.

Queremos concluir con una advertencia fundamental: si bien es cierto que queda mucho trabajo por hacer en el régimen tributario de la familia, es necesario que previamente sea la sociedad la que decida cómo quiere regular muchos de los temas que se plantean, ya que están surgiendo nuevas cuestiones y rompiéndose los esquemas tradicionales. El derecho tributario no puede ir por delante de la sociedad, estableciendo consecuencias fiscales de situaciones que no se han regulado y aclarado en sus aspectos esenciales.

Doctora MÓNICA ARRIBAS LEÓN y Rocío LASARTE LÓPEZ

Informe de la relatoría de la sección 9.^a: *La violencia familiar o de género: maltrato doméstico; aspectos civiles, penales y procesales.*

Presidencia: Profesora Doctora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y Profesor Doctor ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ.

Relatoría: Doctora TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y ALFONSO SERRANO GIL.

Subsecciones temáticas: 1. La violencia familiar o de género: concepto y ámbito. 2. El maltrato familiar: Antecedentes y realidad social actual. 3. Derecho a la intimidad y maltrato familiar. 4. Análisis de la conducta de maltrato: actos que lo integran, habitualidad y sujetos. 5. Legislación vigente en materia de violencia doméstica. Aspectos civiles, penales y procesales. 6. La violencia familiar o de género ante la justicia. 7. Repercusión de la violencia doméstica en

los procedimientos de familia. 8. Respuesta judicial ante los actos de violencia doméstica. 9. La prueba de la violencia familiar y su valoración. 10. Medidas de seguridad, medidas cautelares y eficacia de las mismas. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Uno de los grandes problemas actuales es el de la violencia contra la mujer en el seno de la familia, constituye una lacra social mundial que hay que combatir. No conoce fronteras, si bien se adapta a las características y condiciones del lugar en que se produce.

A escala internacional, la ONU creó una oficina específica sobre la violencia contra la mujer en 1994. El fenómeno existía antes, pero era invisible. En los últimos años la sociedad, en concreto la española, ante la cantidad de mujeres asesinadas por sus parejas actuales o pasadas, empieza a tomar conciencia del mismo.

Hemos tenido una amplia exposición de la situación en los diversos países latinoamericanos y especialmente en Argentina.

El primer paso para luchar contra el maltrato ha de consistir en *identificar las situaciones en las que se produce, estudiarlas y difundir las claves* necesarias para que toda persona pueda reconocerlo ya que, en la gran mayoría de los casos, las propias maltratadas no son conscientes de la violencia que están padeciendo como tampoco lo es su entorno más cercano. Es un problema que no se quiere ver y se reduce y minimiza en todos los órdenes.

Ha habido consenso sobre la necesidad de afrontarlo con un tratamiento multidisciplinar: psicológico, médico, asistencial, jurídico...

Afecta a *todas las capas sociales*, pero resulta más cómodo pensar que sólo se da en los grupos más desfavorecidos de la sociedad. Se trata de patrones de carácter social perfectamente identificables ligados a un modelo social patriarcal, no se trata de una serie de agresiones aisladas que llevan a cabo algunos hombres por motivos personales.

El modelo de familia ha sufrido profundas modificaciones en los últimos años. Las leyes han tenido que adaptarse a la nueva realidad, sin embargo, hay que poner de manifiesto que las *situaciones de violencia doméstica se reproducen en estos nuevos modelos de familia*, existiendo en las parejas de hecho, ya sean heterosexuales u homosexuales, así como en las relaciones de noviazgo en las que falta la nota de la convivencia.

Este tema empieza a salir de la intimidad del hogar, deja de ser un problema de carácter privado, pero sigue presentando problemas muy particulares como: la resistencia de las víctimas a denunciar los malos tratos, la confusión en la que se desenvuelven, la retirada de la denuncia una vez interpuesta y su distinta respuesta institucional, ¿debe seguir activa la denuncia o debe archivarse?, y un largo etcétera.

Se ha realizado un estudio sobre la *información que ofrecen los medios de comunicación*, en especial el periódico español *El País*, llegando a la conclusión de que existen estrategias que más que aclarar impiden comprender este fenómeno y que se tiende siempre a realizar una reducción, tanto de su incidencia como de los hechos que se encuadran bajo este concepto en las estadísticas.

Ha habido un gran debate sobre la mediación en los casos de violencia doméstica con opiniones a favor y en contra.

Se propugna una mejora de los *puntos de encuentro familiar* como espacios neutrales donde pueda garantizarse la seguridad y bienestar del menor en el ejercicio del régimen de visitas tuteladas o supervisadas.

El debate sobre el tema de los malos tratos se ha abierto por lo que respecta a las agresiones a la mujer, pero a los hijos apenas se les menciona cuando un gran número de agresiones a los hijos, con resultado de muerte, se producen con motivo del ejercicio del régimen de visitas por el progenitor agresor. La situación de maltrato se prolonga a través del régimen de visitas. En ningún caso se puede decir, como se hace habitualmente, que los hijos son testigos de la violencia. Los hijos son víctimas y hay que dotarles de la protección que se merecen, pero sigue primando el derecho del padre maltratador sobre el derecho de los hijos a su integridad física y psíquica.

Se analizan las diversas *leyes* dictadas recientemente, así como las actuaciones que tienen como fin el erradicar esta lacra social y, en especial, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. El debate generado en torno al Proyecto se ha centrado en el análisis de la posible inconstitucionalidad del mismo por establecer discriminaciones positivas por razón de sexo, pretende ser una ley que luche contra las agresiones a las mujeres en el seno familiar. En defensa del Proyecto se puede argumentar que la Constitución en su artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas.

Este Proyecto ha hecho que emerja este problema contribuyendo con ello a que todos estemos un poco más concienciados. Mejorará el tratamiento procesal de esta materia, va a abordar la modificación de estos modelos de conducta en el ámbito educativo, va a dotar de mayores medios para poder afrontarlo, da a la mujer una protección en muy diversos ámbitos: laboral, de vivienda..., pero, desde el punto de vista civil, no aborda un tema de vital importancia, como es el de la *supresión de la patria potestad a los maltratadores*, a pesar de que difícilmente cabe imaginar un incumplimiento más grave de los deberes de un padre.

Se habla frecuentemente de la violencia doméstica, pero sin embargo existe una *carencia de debate* respecto al origen de dicha violencia. Es importante, en este sentido, atender a las aportaciones de psicoanalistas, psiquia-

tras, antropólogos, juristas, etc. Es decir, realizar un análisis desde la medicina hasta el derecho.

Se puede afirmar en general que tanto en los *países europeos* como iberoamericanos la preocupación del legislador por esta materia ha llevado a la elaboración de leyes y otras normas tendentes a regular situaciones de violencia y proteger a la víctima garantizando sus derechos.

Las leyes son fundamentalmente de índole penal, pero también han entrado en vigor otras de naturaleza procesal. La inmediatez es fundamental en este tipo de violencia y la rapidez con la que actúe la víctima denunciando los hechos, como las instituciones a las que acuda (Policía, Ministerio Fiscal, casas de acogida) garantizarán la seguridad y los demás derechos de la víctima frente al agresor.

La violencia de género no se concreta únicamente en el delito de maltrato, sino que hay muchos tipos penales en los que este tipo de violencia se manifiesta.

Es importante destacar que *algunos países han centrado sus esfuerzos no en la sanción a quien ejerce la violencia sino en la prevención*, a través de procesos urgentes y autónomos en los que resulta primordial la adecuada adopción de medidas cautelares o medidas autosatisfactivas, aunque puedan existir otras vías idóneas.

Es imprescindible asimismo, *asignar a los Juzgados que conozcan de estas cuestiones, médicos, psicólogos y trabajadores sociales*, lo que permitirá evaluar con la debida celeridad que el caso requiera las medidas a adoptar en los supuestos de violencia familiar.

Sin embargo y aun reconociendo los esfuerzos del legislador en esta materia que han llevado, incluso, a cambios constantes en la legislación, para *atajar el problema* del aumento de denuncias por malos tratos, muertes y otros daños que se producen entre parientes y convivientes en el ámbito familiar creemos que no se puede solucionar únicamente con medidas jurídicas. La erradicación de esta lacra social es una tarea extraordinariamente compleja. En efecto, la sanción penal siempre llega tarde, cuando el daño ya está hecho, y si no se trabaja con los delincuentes en programas especiales para que rectifiquen su conducta asocial, la pena o aporta nada más allá de la mera retribución por el mal inflingido.

Los especialistas en la materia han detectado que la erradicación de la violencia doméstica sólo se podrá conseguir con una larga tarea preventiva de educación social en la igualdad y el respeto de todas las personas con independencia de su sexo o edad.

Doctora TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y ALFONSO SERRANO GIL

Informe de la relatoría de la sección 10.^a: *La vivencia familiar en el ámbito internacional: problemática de Derecho internacional.*

Presidencia: Profesora Doctora CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ y Profesor Doctor ALFONSO CALVO CARAVACA.

Relatoría: Doctora MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, Doctora TERESA MARCOS MARTÍN y FERNANDO VAL GARUÓ.

Subsecciones temáticas: 1. La protección internacional de menores en un derecho globalizado: perspectivas de futuro. 2. Adopción internacional de menores. 3. La adopción internacional de menores en el marco del Convenio de La Haya de 1993. 4. La cooperación internacional entre autoridades en el Convenio de La Haya de 1993. 5. El quebrantamiento de los derechos de guarda y visita: especial referencia al secuestro de menores. 6. Procedimiento interno relativo a la devolución de los menores trasladados de forma ilícita. 7. Ejercicio del derecho de visita en el ámbito transnacional. Problemas relativos al secuestro de menores. 8. La deuda alimenticia y sus soluciones jurídicas en los supuestos internacionales. 9. Respuesta del Derecho comunitario a la protección de los menores. 10. La normativa familiar en la Unión Europea. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

El análisis desde el plano internacional de las relaciones jurídicas de la familia en general, y de la problemática de la protección de los menores en particular, ha sido el objeto de reflexión en los distintos trabajos presentados en la sección 10.^a

Los numerosos factores que, conforme a las ponencias presentadas, caracterizan el panorama actual, incrementan aún más la importancia de esta sección. Así, a título de ejemplo, cabe señalar la coexistencia de nuevos modelos familiares, resultado de la inmigración de culturas muy distintas incluso antagónicas, la irrupción de importantes elementos como el peso de determinadas confesiones religiosas, etc. Con este panorama, que afecta de lleno al tejido social, era de esperar la rápida reacción que se ha producido desde los propios sistemas nacionales, así como desde el ámbito internacional.

La creación de espacios únicos en el ámbito de la cooperación entre Estados es un elemento significativo sobre el que han tratado distintos estudios. Así, en el ámbito regional europeo se ha prestado una especial atención al nuevo *Reglamento 2201/2003*, bien desde una perspectiva global, o bien centrándose en las respuestas aportadas a cuestiones jurídicas concretas. De esta forma, la complementariedad de ambos enfoques ha permitido poner de relieve dos aspectos destacables: a) En primer lugar, la novedad en sus respuestas jurídicas (*adex* la incorporación del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones en el ámbito del Derecho procesal,

así como la incorporación de una figura similar al denominado *forum non conveniens*, etc.); b) En segundo lugar, la importancia que razonablemente el citado instrumento alcanzará en la vida del ciudadano europeo. Afirmación que sólo podrá ser verificada con la práctica.

La creación de familias cuyos miembros pertenecen a ámbitos geográficos diversos ha provocado el incremento cuantitativo de los denominados *secuestros de menores*. En el ámbito comunitario se ha tomado conciencia de esta realidad y se ha desarrollado un nuevo panorama normativo cuyas ventajas e inconvenientes han sido resaltadas en este Congreso. Ahora bien, en los diversos estudios que han versado sobre este tema se ha evidenciado cómo los resultados obtenidos y las propuestas de futuro en el espacio europeo no pueden ni deben olvidar la existencia de soluciones jurídicas cuya eficacia ha sido más que constatada.

Otro de los problemas más candentes sobre el que las intervenciones han invitado a reflexionar ha sido el incremento de la adopción internacional. La escasez de menores, o la reticencia por parte de las familias a adoptar menores con determinadas características, ha provocado un aumento en el número de adopciones en las que los adoptandos pertenecen a ámbitos culturales y geográficos muy dispares. La visión teórica y práctica aportada en las distintas intervenciones ha dibujado, no sólo el panorama actual, sino propuestas de futuro que ponen de manifiesto el largo camino que queda por recorrer, cuyo fin se ha de centrar en la erradicación del tráfico ilegal de menores con fines adoptivos, o la simulación de adopciones con el objetivo último de comerciar con menores.

En otro orden de consideraciones, más propias del Derecho Internacional Público y relacionadas con la protección de los menores, hemos visto cómo partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), de aceptación cuasi universal, se han adoptado instrumentos de protección de determinados colectivos de menores especialmente sensibles, como aquellos a los que se permite u obliga a participar en conflictos armados, así como los sometidos a abusos sexuales y explotados para satisfacer la demanda de pornografía infantil. De este modo, las dos vías principales de desarrollo del Derecho Internacional de la Infancia en materia de derechos humanos son dos normas de reciente creación. En primer lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2000), que no contiene sino prohibiciones parciales de participación, si tenemos en cuenta el concepto de niño como toda persona menor de dieciocho años que establece la propia Convención de 1989. En segundo lugar, se ha adoptado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución y su utilización en la pornografía (2000). Este Protocolo pone especial énfasis en la difusión de pornografía infantil en Internet. Esto es reflejo de la crecien-

te preocupación internacional por la proliferación de este tipo de prácticas, ya que los estudios demuestran que las cifras de niños sometidos a estos abusos son alarmantes. Ambas normas, inspiradas en el principio de protección especial del niño, constituyen un paso necesario, aunque todavía insuficiente, para llegar a un sistema de protección integral del menor.

Por último, la vivencia familiar presenta una problemática peculiar al entrar en relación con el gran fenómeno global de la inmigración. En este ámbito, es del máximo interés analizar el derecho a la reunificación familiar, especialmente en un espacio que, como la Unión Europea, es destino natural de los actuales flujos migratorios. La reciente normativa comunitaria permite a los Estados miembros discriminar entre las garantías de ejercicio previstas para los ciudadanos comunitarios y las previstas para los nacionales de terceros Estados. Es de esperar que la amplia discrecionalidad de que gozan los Estados miembros en esta materia sea corregida por vía jurisprudencial.

Doctora MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS,
Doctora TERESA MARCOS MARTÍN y FERNANDO VAL GARUÓ

Aragón

Los días 1 al 3 de octubre tuvieron lugar las IV Jornadas de profesores de la Facultad de Derecho, celebradas en Albarracín (Teruel), con el tema: *El espacio europeo de Educación Superior y el Derecho*.

El día 28 de octubre se firmó el convenio de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.

El día 29 de octubre se impusieron, al Ilmo. Señor don RAMÓN TORRENTE JIMÉNEZ, la Gran Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía Aragonesa, concedida por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, y al Excmo. Señor don MANUEL PARDO TOMÁS, la Cruz al Mérito en el Servicio a la Abogacía, que le fue concedida por el Consejo General de la Abogacía.

El mismo día, en la sede del Gobierno de Aragón, se presentó la obra *La Real Academia y la peseta*, en la que intervino el Profesor ENRIQUE FUENTES QUINTANA.

El 3 de noviembre tuvo lugar el solemne acto de Apertura del Curso Académico de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación en el que el Excmo. Señor don FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del TSJ, pronunció una conferencia sobre *La nueva jurisdicción mercantil*.

Los días 4 y 5 tuvieron lugar las Jornadas Técnicas de las Infraestructuras de Datos Espaciales de España, 2004.

Los días 15 al 17 de noviembre tuvo lugar el / *Congreso Nacional sobre la reforma de la Constitución de 1978*, organizado por la Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada» en colaboración con Ibercaja. Al acto de inauguración, el día 15, asistió el Ministro de Justicia, y al de clausura, el día 17, el Secretario de Estado de Justicia.

El 16 de noviembre, conferencia inaugural: *Las Instituciones y la lucha contra la pobreza*, a cargo de don HERNANDO DE SOTO, Director del Instituto Libertad y Democracia, dentro del Ciclo de Conferencias *La empresa del mañana*, organizado por el Gobierno de Aragón y la Fundación Ecología y Desarrollo, con la colaboración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Los días 16 y 17, en la Diputación Provincial de Huesca, tuvieron lugar las *III Jornadas de Administraciones Públicas: Nuevos servicios de administración electrónica*.

En noviembre, organizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza, tuvieron lugar las *Primeras Jornadas Técnicas de Urbanismo*. Los días 18 y 19: *Arquitectura y Planeamiento Municipal*, y los días 24 y 25: *Calidad y Administración Electrónica*.

Los días 19 y 20 de noviembre se celebraron las *Jornadas sobre Monarquía Parlamentaria y Constitución* en la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Barbastro (Huesca), organizadas por ésta, junto con las Cortes de Aragón y la Fundación Manuel Giménez Abad.

El día 24, organizada por el Gobierno de Aragón, se celebró la Jornada *La Cooperación Europea: Presente y Futuro*.

Ese mismo día, organizada por la Real y Excma. Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País e Ibercaja, tuvo lugar la Conferencia: *Ortega y Gasset en su compromiso intelectual con España. Algunas implicaciones aragonesas*, a cargo del Profesor don JESÚS LÓPEZ MEDEL, Presidente de Honor de la Federación Europea de Centros de Enseñanza.

Los días 29 y 30 de noviembre tuvieron lugar las *IV Jornadas sobre Políticas Demográficas y Población*, organizadas por el Departamento de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón.

Galicia

Los días 2 y 3 de diciembre de 2004 se celebraron en Santiago de Compostela las JORNADAS SOBRE INCAPACITADOS, organizadas por la Escuela Gallega de Administración Pública.

Apertura de las Jornadas:

- Don DOMINGO BELLO JANEIRO, Catedrático de Derecho Civil y Director de EGAP.

Ponencias:

- «A non colación dos gastos feitos para cubrir as necesidades dos fulos ou descendentes discapacitados», por doña TEODORA F. TORRES GARCÍA, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.
- «O patrimonio protexido do discapacitado», por don JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos.
- «A substitución fideicomisaria na lexítima estrita a prol do discapacitado», por don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «A facultade de mellorar concedida ao conxuxe supérstite polo testador: o novo artigo 831 CC», por don CARLES FLORENSA I TOMAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida.
- «A extinción do contrato do mandato tras a Lei 41/2003, do 18 de novembro», por don CARLOS MALUQUER DE MOTES I BERNET, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.
- «A nova causa de indignidade para suceder. O artigo 756.7 CC», por don JOSÉ PÉREZ VARGAS MUÑOZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos.
- «O novo contrato aleatorio de alimentos», por don JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ, Decano y Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.
- «A figura do discapacitado na Constitución e na Lei 41/2003, do 18 de novembro», por don PEDRO J. GONZÁLEZ TREVIJANO, Rector y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

GUTIÉRREZ PEÑA, FLORENCIO, *El Derecho de anticresis en el Código Civil español*, Madrid, 2004, 377 págs.

No abundan las monografías sobre la anticresis y menos aún las publicadas en este país; por ello ha de ser bienvenida una obra cuyo objeto es, precisamente, el estudio y análisis minucioso de la figura prevista en los artículos 1.181 a 1.886 de nuestro Código Civil. A mayor abundamiento, conviene tener presente que, pese a la escasa aplicación práctica de la institución, en ocasiones, «salta la paradoja de que basta que una figura se considere doctrinalmente "muerta y enterrada" para que, por las razones que sea, resucite repentinamente o vuelva a renacer» (LASARTE ÁLVAREZ). De modo que si así ha sucedido con la superficie y la permuta, no hay que descartar que pueda llegar a ocurrir con la anticresis.

En cuanto a la monografía en sí, GUTIÉRREZ PEÑA presenta con ella la que fue su tesis doctoral convenientemente revisada con las apreciaciones y observaciones de la comisión que hubo de juzgarla en el año 2003 en la Universidad de Alcalá. Por su parte, de su dirección se ocupó el Profesor JUAN JOSÉ BLANCO GÓMEZ, estando compuesto el Tribunal por los Profesores doctores don JUAN CADARSO PALAU, que actuó como presidente; don RAMÓN LÓPEZ VILAS, don MARIANO YZQUIERDO TOLSADA y don JOSÉ M.^a DE SOLAS RAFECAS.

Por lo que a la estructura se refiere, ésta responde al entendimiento clásico de una institución de esta naturaleza, por lo que se abre con un extenso y detenido capítulo dedicado a «La anticresis en la historia y en el Derecho Civil extranjero», seguido por el capítulo sobre el «Régimen jurídico de la anticresis en el Derecho Común español». A su vez, los capítulos tercero y cuarto se ocupan de «La estructura del Derecho de anticresis en el Derecho Común español»; el quinto se intitula «Vicisitudes y régimen de extinción de la garantía»; el sexto y último se centra en la «Consideración especial del artículo 1.866, párrafo segundo, del Código Civil: ámbito de aplicación», para cerrarse, finalmente, la monografía con catorce conclusiones y la bibliografía.

El inicio de la monografía se abre, como se ha dicho, partiendo del elemento histórico y comparativo de la figura; tiene pues por título *La anticresis en la historia y en el Derecho Civil extranjero*. Con el contenido de este primer capítulo se evidencian las dificultades que rodean al propio nacimiento de la institución. En principio, etimológica y jurídicamente encuentra su fuente en el sistema griego; en Roma, por su parte, no fue sino un pacto agregado a la prenda o, en su caso, a la hipoteca. En cuanto a la evolución en la Edad Media y moderna lo cierto es que la prohibición y deslegitimación de la usura no favorecen precisamente a la anticresis compensatoria o no imputatoria, frente a la extintiva o de amortización que pervive. Concluye esta primera parte con el estudio comparado de su codificación definitiva, poniéndose de manifiesto que ciertos ordenamientos jurídicos como el alemán, portugués o

suizo, no la recogen, si bien tampoco existen impedimentos que obstaculicen la suscripción de un pacto de esta naturaleza.

El *Régimen jurídico de la anticresis en el Derecho Común español* es el objeto del segundo capítulo. En él, el autor concreta cuál es el concepto que prefiere, sus clases y naturaleza jurídica. Así, superando otras dudas doctrinales que cuestionan incluso su configuración como derecho real de garantía, GUTIÉRREZ PEÑA estima que «la anticresis normal o extintiva, que es la típica, es un derecho real constituido en garantía y pago de un crédito dinerario, que recae sobre un inmueble fructífero (sea por naturaleza, incorporación o analogía) y enajenable, especial y expresamente determinado, propiedad del deudor o de un tercero constituyente, entregado en posesión temporal y administración al acreedor anticresista, que tiene derecho de persecución y facultad para, sin alterar su destino, percibir los frutos que rinda la finca y, previo descuento de expensas ocasionadas en su obtención y rendición de cuentas, imputar los frutos netos a dicho pago; así como, llegado el vencimiento y estando aún pendiente de redimir la obligación principal asegurada, facultad de promover la enajenación de la cosa gravada y cobrarse con preferencia el crédito (pasivo residual) con el precio de remate obtenido con su venta».

Gracias a esta definición antecedente no cabe duda de cuál es la naturaleza jurídica que el autor prefiere. Descarta distintas posturas doctrinales, concluyendo, en suma, con la calificación de la anticresis como derecho real de garantía. Forma parte también de este segundo capítulo, el estudio y análisis de las escasas resoluciones dictadas en esta materia por el Tribunal Supremo, la Dirección General de los Registros y del Notariado y Audiencias Provinciales. Finalmente, además de la referencia a las especialidades forales navarra y catalana, GUTIÉRREZ PEÑA se ocupa de las funciones implícitas a la anticresis en su condición de derecho real de garantía. De modo que compara la función de garantía, la de especial protección del acreedor y su función satisfactoria, funciones que le dan nuevos argumentos para sostener la utilidad de la constitución de este derecho real en garantía de una obligación principal.

Por lo que se refiere a *La estructura del derecho de anticresis en el Derecho Civil español*, GUTIÉRREZ PEÑA ventila tal cuestión en dos capítulos. El tercero, entre otras cuestiones, analiza el problema de la posesión anticrética sin olvidar el controvertido asunto del derecho de retención que ostenta el acreedor anticrético. Pues bien, el autor defiende en exclusiva la mencionada posesión, descartando que la anticresis atribuya como derecho o facultad ínsita el de retención. En todo caso, sentada esta premisa, se hace necesario precisar que una vez extinguido el derecho real, la posesión cambia de naturaleza, perdiendo la condición de anticrética para convertirse en la retención prevista en el artículo 1.886 del Código Civil español.

Por su parte, con el capítulo cuarto el autor pone fin al estudio de la estructura de la anticresis, configurando su contenido y efectos, tanto de los derechos del deudor constituyente como las obligaciones que le incumben. Derecho será el de conservación de la propiedad de la cosa aun privado de la posesión; también el de exigir al anticresista el reintegro o la amortización anticipada de la deuda. No olvida el autor el *superfluum* la restitución del sobrante caso de que la cosa haya sido ejecutada; en definitiva, el acreedor no puede beneficiarse del remanente. Otros dos derechos más afectan al secuestro judicial del inmueble si concurriera abuso del poseedor anticresista y, como no podía ser de otra manera, el derecho registral a la cancelación del gravamen. Obligaciones serán tanto la de pago de la deuda garantizada, la

entregar la cosa gravada al anticresista como la de readquirir de nuevo la posesión de la cosa en los casos de abandono posesorio del anticresista. El último epígrafe de este capítulo lo destina al análisis de la autonomía de la voluntad y sus efectos en el derecho real, toda vez que es posible que en virtud las partes lleguen a ciertos pactos o convenios respecto de las prestaciones típicas suscritas.

En cuanto a *Las vicisitudes y régimen de extinción de la garantía*, es el título y objeto del capítulo quinto, dividido a su vez en tres epígrafes. El primero de ellos se ocupa del *alea* y relatividad del aseguramiento anticrético. Una vez concluido este aspecto, GUTIÉRREZ PEÑA se ocupa de la espinosa cuestión de la ejecución de la garantía y de los procedimientos de realización del valor en la anticresis. En particular analiza tanto la ejecución procesal sumaria y específica del bien gravado como la ordinaria o común derivada del título público constituyente del derecho real o de la sentencia judicial condenatoria. Finaliza el capítulo con el estudio de las dos vías extintivas de la anticresis, la producida por extinción de la obligación principal y la que, por el contrario, encuentra su sede en el agotamiento, destrucción, consolidación o renuncia del derecho real de garantía en sí.

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 1.866, en sede de prenda, declara: «si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda». Pues bien, la extensión de este *pignus gordianum* a la anticresis es la consideración principal del último capítulo titulado *Consideración especial del artículo 1.866, párrafo segundo, del Código Civil: ámbito de aplicación*. Esta retención por la segunda deuda está directamente relacionada con el contenido del capítulo tercero, donde sostiene que sólo habrá derecho de retención cuando se haya extinguido el derecho de garantía. En definitiva, el que fue acreedor anticrético tendrá la facultad o el derecho de retener el objeto sobre el que recaiga la garantía si, satisfecha la obligación principal, hubiere contraído el deudor nuevo derecho de crédito con el que fue su acreedor. Caso de que exista vínculo objetivo entre la cosa y el crédito, el «retenedor» debería tener la facultad de oponibilidad *erga omnes* y si dicha relación fuese subjetiva, el autor propone distintas soluciones según la titularidad de la cosa retenida sea del deudor o de tercero.

A la vista de los argumentos antecedentes se pone de manifiesto el envejecimiento de la anticresis según el autor, por lo que en sus *Conclusiones* incluye, *lege ferenda* un texto sustitutivo. Añade a los seis artículos originales otro más, hasta llegar a siete, destinados todos a su rejuvenecimiento de conformidad al perfil jurídico defendido. A esta propuesta sustantiva incorpora también las sugerencias de carácter procesal, con la intención de que realmente sea materializada la realización del valor implícita en el derecho real. Por último, corrige también el texto del nuevo Derecho concursal, toda vez que la Ley 22/2003 olvida entre los frutos el bien anticrético. En definitiva, si en el capítulo segundo el autor concluía con la defensa de la anticresis como completo derecho real de garantía cuya esencia se encuentra en su función de garantía, en justa consecuencia con estos argumentos, ha de ser corregida la omisión de la Ley concursal.

La obra se cierra con una extensa y completa bibliografía donde recoge las aportaciones principales en la materia, y en aspectos directamente relaciona-

dos como el derecho de retención, así como una nómina de Códigos Civiles y diccionarios citados. No cabe duda de que esta monografía sobre *El Derecho de Anticresis en el Código Civil español* está llamada a ser un nuevo punto de referencia en los repertorios bibliográficos sobre este controvertido derecho real de garantía que confiere a su titular la facultad de percibir los frutos de la cosa inmueble sobre el que recae.

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
Asociada Derecho Civil UNED
Secretaria IDADFE

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Número 213 (Noviembre 2004)

«Desafectación y compensación de terrenos dotacionales como premisa para su permuta por obra futura», por JORGE AGUDO GONZÁLEZ, pág. 13.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PREMISA: PREVIA DESAFECTACIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES QUE SERÁN DESTINADOS A USOS LUCRATIVOS MEDIANTE LA CORRESPONDIENTE PERMUTA: 2.1. VÍAS PROCEDIMENTALES PARA LA DESAFECTACIÓN DE LOS TERRENOS DOTACIONALES: 2.1.1. *Desafectación implícita consecuencia de la alteración del planeamiento urbanístico.* 2.1.2. *Revisión versus modificación del Plan General como mecanismos para la desafectación de terrenos dotacionales.* 2.2. UNA VÍA ALTERNATIVA: APROBACIÓN DE PLANEAMIENTO DE DESARROLLO QUE MODIFICA DETERMINACIONES NO ESTRUCTURANTES DE PLANEAMIENTO.—3. **PRESUPUESTOS DE LA PERMUTA DE TERRENOS DESAFECTADOS:** 3.1. LA COMPENSACIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES: 3.1.1. *Por disminución de dotaciones públicas:* a) Repaso de la legislación autonómica; b) Exégesis del material legislativo. 3.1.2. *Por incremento del volumen edificable:* a) Antecedentes normativos; b) Tratamiento general de la legislación autonómica. 3.2. INCORPORACIÓN DE LOS TERRENOS DESAFECTADOS EN LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DEL SUELO: 3.2.1. *Transmisión mediante permuta de bienes de los Patrimonios Municipales del suelo.* 3.2.2. *Destinos de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo adquiridos mediante permuta.*—4. EL CONTRATO DE PERMUTA DE BIENES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL: 4.1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE PERMUTA DE BIENES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL POR OBRA FUTURA: 4.1.1. *Naturaleza jurídica del negocio jurídico cuyo objeto es la permuta de suelo por obra futura.* 4.1.2. *Requisitos para llevar a cabo la permuta:* a) Inexistencia de una diferencia de valor entre los bienes a permutar superior al 40 por 100; b) Necesidad de llevar a cabo la permuta.

«De nuevo sobre la expropiación de las grandes infraestructuras: la sentencia de 1 de julio de 2004, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, aclara el debate», por MARTA PLAZA GONZÁLEZ, pág. 83.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES PREVIAS ANALIZADAS EN LA SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 2004: 1. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE DOTACIONES CON TRASCENDENCIA URBANA E INFRAESTRUCTURAS DE NATURALEZA TERRITORIAL. 2. LA NO VINCULACIÓN DE LOS SISTEMAS GENERALES A UNA CATEGORÍA ESPE-

CÍFICA DE SUELO. 3. LA ADSCRIPCIÓN O INCLUSIÓN DE TERRENOS EN ÁMBITOS DE GESTIÓN NO ES UNA TÉCNICA OBLIGATORIA.—III. CUESTIÓN NUCLEAR: CRITERIOS DE VALORACIÓN DE SUELOS DESTINADOS A LA EJECUCIÓN DE GRANDES INFRAESTRUCTURAS A EFECTOS EXPROPIATORIOS.—IV. CONCLUSIÓN: SUPERACIÓN DEL CRITERIO DE VALORACIÓN DE LAS GRANDES INFRAESTRUCTURAS SEGÚN SU ADSCRIPCIÓN FORMAL A LA CATEGORÍA DE SISTEMA GENERAL Y SUSTITUCIÓN DEL MISMO POR UN CRITERIO SUSTANTIVO EN FUNCIÓN DE SU DIMENSIÓN O NIVEL DE SERVICIO.

«Garantías jurídicas frente a las clasificaciones, calificaciones y desclasificaciones de suelo (con especial referencia a Canarias)», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 101 (sin sumario).

«Las licencias urbanísticas a la luz de la más reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», por IGNACIO SANZ JUSDADO y ÁNGEL ANTÓN OLIVA, pág. 130 (sin sumario).

Número 214 (Diciembre 2004)

«Edificios fuera de ordenación y obras permitidas», por M.^a TERESA CARBALLEIRA RIVERA, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NORMATIVA AUTONÓMICA: 1. ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. 2. PONDERACIÓN DEL GRADO DE INCOMPATIBILIDAD DE LA EDIFICACIÓN AL INSTRUMENTO URBANÍSTICO. 3. VINCULACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN A LAS LIMITACIONES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE OBRAS, NO A LOS USOS. 4. EQUIPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS. EN ESPECIAL, LAS OBRAS ILEGALES. 5. OBRAS PERMITIDAS.—III. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA. ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES CLAVES: 1. A PROPÓSITO DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO MUNICIPAL Y SU CAPACIDAD DE CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EDIFICIOS FUERA DE ORDENACIÓN. 2. LOS DERECHOS DOMINICALES DE LOS PROPIETARIOS. EN ESPECIAL, LAS OBRAS PERMITIDAS: 2.1. *Cuestiones preliminares*. 2.2. *Obras permitidas*: A) Obras de consolidación. B) Obras de conservación.—IV. CONCLUSIONES.

«Aproximación a la Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la región de Murcia, desde la perspectiva de la vigencia efectiva de la autonomía municipal», por JUAN ENRIQUE SERRANO LÓPEZ, pág. 45.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA LEY 1/2001: 2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL Y POSTULADOS DE LA LSRM. 2.2. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO. 2.3. CLASIFICACIÓN DEL SUELO. 2.4. APROBACIÓN Y TRÁMITE DEL PLANEAMIENTO: 2.4.1. *Aprobación definitiva de los planes municipales*: 2.4.1.1. Causas de suspensión de la aprobación definitiva: a) Incumplimiento de la legislación vigente; b) Por razones de oportuni-

dad territorial o que afecten al modelo territorial del Plan. 2.4.1.2. Causas de denegación de la aprobación definitiva: a) Por contener determinaciones contrarias a la legislación urbanística o sectorial; b) Por contener determinaciones contrarias a los instrumentos de ordenación territorial: 2.4.1.3. Aprobación definitiva en otras Comunidades Autónomas. 2.4.1A. Aprobación por silencio administrativo. 2.4.2. Consultas, avances y cédulas de urbanización: 2.4.2.1. Consultas e informes. 2.4.2.2. Avances de planeamiento. 2.4.2.3. Cédula de urbanización. 2.4.3. Planeamiento de desarrollo: 2.4.3.1. Planes Parciales y Especiales: a) Aspectos de legalidad; b) Oportunidad territorial. 2.4.3.2. Modificaciones de Plan General y Normas Complementarias: a) Carácter vinculante del informe; b) Control de legalidad; c) Clasificación de la naturaleza de la modificación; d) Aspectos discrecionales o no reglados de la modificación. 2.4.3.3. Especial referencia al desarrollo de los suelos urbanizables no programados o aptos para urbanizar. 2.5. POLICÍA Y COMPETENCIA EN EL SUELO NO URBANIZABLE. 2.6. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN DE COMPETENCIAS: 2.6.1. Subrogación efectiva para la paralización de actuaciones ilegales. 2.6.2. Subrogación para la restitución del orden alterado. 2.6.3. Subrogación para la revisión de actos ilegales. 2.6.4. Subrogación para la formulación o adaptación del Plan General: 2.6.4.1. Competencia subrogada, alcance material. 2.6.4.2. Supuestos habilitantes. 2.6.4.3. Audiencia o requerimiento previo. 2.6.4.4. Procedimiento para adaptar o revisar el planeamiento. 2.6.5. Subrogación para la aprobación de planeamiento de desarrollo. 2.6.6. Subrogación para la concesión de licencias de obras. 2.7. EXPROPIACIÓN POR TASACIÓN CONJUNTA.—3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN OTRAS AUTONOMÍAS.

«Aprovechamiento, edificabilidad y asignación de redes en la Ley 9/2001. Conclusión de la experiencia práctica de su aplicación», por CARLOS SÁNCHEZ-CASAS, pág. 135 (sin sumario).

«El sistema de compensación en la Ley del Suelo de Madrid», por ÁNGEL ORTEGA GARCÍA y JUAN ORTEGA CIRUGEDA, pág. 163.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPIOS GENERALES: 2.1. Los SISTEMAS DE EJECUCIÓN. 2.2. ELECCIÓN DEL SISTEMA. 2.3. LA UNIDAD DE EJECUCIÓN COMO ÁMBITO DE ACTUACIÓN POR COMPENSACIÓN. 2.4. EQUIDISTRIBUCIÓN, COMPENSACIÓN Y BASES DE ACTUACIÓN. 2.5. AFECTACIÓN REAL DE LAS PARCELAS. 2.6. LA ACTIVIDAD DE LOS PROPIETARIOS Y EL PLANEAMIENTO EXISTENTE. 2.7. FACULTADES DE LOS PROPIETARIOS EN LA EJECUCIÓN POR COMPENSACIÓN: 2.7.1. *Protagonismo de la ejecución*. 2.7.2. *En la ejecución por adjudicatario en concurso*. 2.8. EL PAPEL FISCALIZADOR DEL AYUNTAMIENTO EN LA EJECUCIÓN. 2.9. EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN Y LOS CONVENIOS: 2.9.1. *Ejecución directa por los propietarios*. 2.9.2. *Ejecución por adjudicatario en concurso*. 2.10. APLICACIÓN DE LA REPARCELACIÓN. 2.11. VALORACIÓN DE BIENES APORTADOS Y RESULTANTES DE LA REPARCELACIÓN. 2.12. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. 2.13. LA CESIÓN DE OBRAS DE URBANIZACIÓN Y EL SILENCIO MUNICIPAL.—3. EJECUCIÓN DIRECTA POR LOS PROPIETARIOS: 3.1. FORMALIZACIÓN DE LA INICIATIVA. 3.2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PROPIETARIOS. 3.3. LA DESESTIMACIÓN DE LA INICIATIVA DE COMPENSACIÓN: 3.3.1. *La potestad de planeamiento*: 3.3.1.1. Las previsiones de la Ley de Madrid. 3.3.1.2. El ejercicio de la potestad de planeamiento y la Ley 6/

1998. 3.3.2. *Determinación en el planeamiento de un sistema de ejecución pública.* 3.3.3. *Que proceda la elección de uno de los sistemas de ejecución pública.* 3.4. EL SILENCIO EN LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO Y DE EJECUCIÓN. 3.5. FORMAS DE GESTIÓN DE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN: 3.5.1. *Ejecución directa por los propietarios:* 3.5.1.1. Junta de Compensación. 3.5.1.2. Sociedad Mercantil. 3.5.1.3. Propietario único. 3.5.1.4. Otras formas de gestión por los propietarios. 3.5.2. *Ejecución por adjudicatario.* 3.6. EL PAPEL DE LOS ESTATUTOS Y BASES: 3.6.1. *Estatutos.* 3.6.2. *Las Bases.* 3.7. LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS PARA LA APLICACIÓN DEL SISTEMA Y PARA SU EJECUCIÓN. 3.8. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN RESPECTO DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN. 3.9. NATURALEZA Y PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN: 3.9.1. *Naturaleza.* 3.9.2. *Personalidad Jurídica.* 3.10. LA GESTIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN. EXENCIONES FISCALES. 3.11. LA EXISTENCIA DE EMPRESAS URBANIZADORAS. 3.12. EXPROPIACIÓN DE LOS PROPIETARIOS NO INCORPORADOS AL SISTEMA. 3.13. LA DELEGACIÓN EN LA JUNTA PARA UTILIZAR LA VÍA DE APREMIO.—4. **EJECUCIÓN POR ADJUDICATARIO EN CONCURSO:** 4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INTERVENCIÓN DEL ADJUDICATARIO. 4.2. COMPARACIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR DE VALENCIA Y CASTILLA-LA MANCHA CON EL ADJUDICATARIO DE LA LEY DE MADRID. 4.3. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS DE LA EJECUCIÓN POR ADJUDICATARIO CON EL SISTEMA DE EJECUCIÓN FORZOSA EN LA LEY DE MADRID: 4.3.1. *Analogías.* 4.3.2. *Diferencias.* 4.4. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. 4.5. LOS COMPROMISOS DEL ADJUDICATARIO. 4.6. REEMBOLSO DE GASTOS AL NO ADJUDICATARIO. 4.7. LA OFERTA DE COMPRA HECHA POR EL ADJUDICATARIO. 4.8. EL PAGO O NO DE COSTES DE URBANIZACIÓN POR LOS PROPIETARIOS EN LA EJECUCIÓN POR CONCURSO. 4.9. NO RETRIBUCIÓN EXPRESA AL ADJUDICATARIO. 4.10. SOLICITUD DE URGENTE OCUPACIÓN EN LA EXPROPIACIÓN DEL SUELO. 4.11. EL ACTA DE INCORPORACIÓN DE PROPIETARIOS.—5. SUSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 125 (Julio-Septiembre 2004)

«El Tribunal Constitucional como poder político», por PETER HABERLE, pág. 9.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRIMERA PARTE: INVENTARIO: A) GRANDES COMPETENCIAS/GRANDES DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: a) *Recurso constitucional de amparo;* b) *Control normativo abstracto y concreto;* c) *Controversias orgánicas;* d) *Controversias federales y competencias para la protección del ordenamiento básico liberal-democrático.* B) VALORACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. C) LA VINCULACIÓN DE ESTA CONFERENCIA CON OTRAS PONENCIAS DE ESTA SERIE DE CONFERENCIAS.—3. **SEGUNDA PARTE: NUEVO PLANTEAMIENTO TEÓRICO-CONSTITUCIONAL:** A) EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO «TRIBUNAL CONSTITUCIONAL», COMO «TRIBUNAL SOCIAL» *SUI GENERIS.* B) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL «EN» EL CONTRATO SOCIAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO REGULADOR EN EL PROCESO CONTINUO DE GARANTÍA Y AJUSTE DE LA CONSTITUCIÓN COMO CONTRATO SOCIAL: a) *La tesis;* b) *Material de ejemplo;* c) *La exposición detallada.* C) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ENTRE TRADICIÓN Y CAMBIO, ENTRE TRADICIÓN Y PROGRESO: a) *La cuestión preliminar*

interdisciplinaria; b) Progreso a través del Derecho judicial constitucional; c) Los instrumentos para el cambio y el progreso por medio del Tribunal Constitucional Federal. D) POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA FUNCIONALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL EN EL MARCO DE LA CULTURA POLÍTICA DEL ORDENAMIENTO BÁSICO LIBERAL-DEMOCRÁTICO DE LA LEY FUNDAMENTAL.

«El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo», por JORGE CARPIZO, pág. 39.

SUMARIO: I. LA CRISIS DE LA JUSTICIA.—II. ¿SE NECESITA UNA NUEVA REFORMA A LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO?—III. TIPOLOGÍA DE LOS SISTEMAS DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA O MINISTERIO FISCAL.—IV. LA TENDENCIA EN AMÉRICA LATINA.—V. EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN.—VI. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA FIGURA DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN.—VII. LOS JUECES DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O INSTRUCCIÓN EN ALEMANIA E ITALIA.—VIII. MIS PROPUESTAS.—IX. LA CREACIÓN DE ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO.—X. EL NOMBRAMIENTO DE LOS PROCURADORES.—XI. LA CREACIÓN DE LOS CONSEJOS DEL MINISTERIO PÚBLICO O FISCAL Y LOS DE LA POLICÍA.—XII. EL PRESUPUESTO Y LA AUTONOMÍA INTERNA DE LOS FISCALES.—XIII. EL JUEZ DE CONTROL ESPECIALIZADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA O INSTRUCCIÓN.—XIV. REFLEXIÓN FINAL.

«Derecho agrario entre Código francés, costumbre Aymara, orden internacional y Constitución boliviana», por BARTOLOMÉ CLAVERO, pág. 79.

SUMARIO: 1. COMPOSICIÓN DE ESTADO.—2. CÓDIGO CIVIL SIN GÉNERE AGRARIO.—3. MOTIVACIONES DE RECHAZO DEL CÓDIGO RURAL.—4. CONSTANCIA DE COMUNIDAD EN EUROPA.—5. AYLLU QAMAÑA Y DERECHO AGRARIO EN AMÉRICA.—6. HIPOTECA DOMÉSTICA DE CÓDIGOS Y AVAL INTERNACIONAL DE COSTUMBRES.—7. REFORMA CONSTITUCIONAL Y PERSISTENCIA COMUNITARIA.—8. RECOMPOSICIÓN DE DERECHO.—APÉNDICES: I. TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL (1831). II. TÍTULOS (1967-1994) Y ARTÍCULOS (2004) DE LA CONSTITUCIÓN.

«Algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 109.

SUMARIO: 1. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.—2. EL DESARROLLO LEGAL DEL ARTÍCULO 6.º CE.—3. EXCLUSIÓN DEL SISTEMA DE «DEMOCRACIA MILITANTE» Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE PARTIDOS.—4. LA LEY ORGÁNICA DE PARTIDOS, ¿UNA LEY SINGULAR?: A) LAS LEYES SINGULARES Y LA GENERALIDAD DE LA LOPP. B) LA DISCIPLINA DEL FRAUDE DE LEY. C) LAS ESPECIALIDADES PROCESALES DE LA LEY: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE.—

5. LIBERTAD DE CREACIÓN DE PARTIDOS Y CAPACIDAD PARA SU CONSTITUCIÓN.—6. EL RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN Y ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.—7. ALGUNOS PROBLEMAS DIMANANTES DEL PARALELISMO DEL DOBLE PROCEDIMIENTO DE DISOLUCIÓN DE PARTIDOS LEGALMENTE DISEÑADO.—BIBLIOGRAFÍA.

«Existe un "demos" europeo?: una propuesta normativa», por C. R. AGUILERA DE PRAT, pág. 157.

SUMARIO: I. EUROPA, EUROPAS, EUROPEOS.—II. PROBLEMAS DEL DEMOS EUROPEO.—III. INSUFICIENCIAS DE LA DEMOCRACIA EUROPEA.—IV. LA CIUDADANÍA EUROPEA.—V. INSTITUCIONES, PARTIDOS Y CIUDADANOS.—REFERENCIAS.

«Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal», por JUAN CARLOS VELASCO ARROYO, pág. 181.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL COMO NACIONALISMO ENCUBIERTO.—2. LOS LÍMITES ESTRUCTURALES DE LA TOLERANCIA.—3. REPUBLICANISMO CÍVICO Y PLURALISMO IDENTITARIO: 3.1. LA IDENTIDAD COLECTIVA DE TIPO REPUBLICANO. 3.2. IMPLICACIONES INSTITUCIONALES: UN MODELO CONSTITUCIONAL ABIERTO.—BIBLIOGRAFÍA.

«La ciudadanía europea en el proyecto de Constitución Europea. ¿Constitución del ideal de una comunidad política de europeos?», por MARTÍN NETTESHEIM, pág. 211.

SUMARIO: EL ESTATUS JURÍDICO DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN: ¿EXPRESIÓN DE LA AUSENCIA DE UNA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL TEÓRICA?—EL IDEAL DE UNA COMUNIDAD POLÍTICA DE EUROPEOS: ¿COMUNIDAD POLÍTICA COMO COMUNIDAD CULTURAL ÉTICA o COMO COMUNIDAD DE CIUDADANOS UNIVERSAL? IDENTIDAD, DIVERSIDAD EUROPEA Y MODERNIDAD SOCIAL. DUDAS DE ORIENTACIÓN EN LOS ÓRGANOS DE LA UE.—EL SIGNIFICADO DEL PROYECTO DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 19 (2004)

«Protección jurídica de las personas mayores», por MARÍA LINACERO DE LA FUENTE.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LAS PERSONAS MAYORES.—III. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE

LAS PERSONAS MAYORES: 1. ACOGIMIENTO FAMILIAR DE PERSONAS MAYORES. 2. TUTELA AUTOMÁTICA DE PERSONAS MAYORES.—IV. INTERNAMIENTOS VOLUNTARIOS EN CENTROS ASISTENCIALES.—V. NOTAS EN TORNO A LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.

«El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho o un subgénero del derecho de comunicación pública? Comentario a la luz del Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de enero de 2003», por INMACULADA C. GONZÁLEZ CABRERA.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN EN LA DIRECTIVA 2001/29 CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 22 DE MAYO DE 2001, RELATIVA A LA ARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: 1. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA. 2. NECESIDAD DE PREVIA AUTORIZACIÓN POR EL AUTOR DE LA OBRA. 3. ACCESO A LA OBRA. 4. No DEBE MEDIAR PREVIA DISTRIBUCIÓN DE EJEMPLARES DE LA OBRA. 5. PLURALIDAD DE PERSONAS.—III. EL MODO DE ACCESO A LA OBRA PROTEGIDA COMO FORMA DE DISTINGUIR AMBOS DERECHOS.—IV. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO DE OBRAS PROTEGIDAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL (DE 23 DE ENERO DE 2003).

Número 20 (2004)

«La protección del consumidor frente a la publicidad de las actividades dirigidas a promocionar la venta de productos», por M.^a DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL COMERCIO MINORISTA COMO ACTIVIDAD DIRIGIDA AL CONSUMIDOR.—II. EL USO PUBLICITARIO DEL TÉRMINO PREVISTO EN LA LEY PARA DESIGNAR LAS ACTIVIDADES PROMOCIONALES: 1. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES. 2. TIPIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PROMOCIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DE SU USO PUBLICITARIO.—**III. DELIMITACIÓN DEL MOMENTO TEMPORAL EN QUE LAS ACTIVIDADES PROMOCIONALES PUEDEN DIFUNDIRSE POR MEDIO DE LA PUBLICIDAD:** 1. VENTAS EN PROMOCIÓN o EN OFERTA. 2. VENTA DE SALDOS. 3. LA VENTA DIRECTA UNA ACTIVIDAD INTEMPORAL. 4. LAS REBAJAS: SOMETIMIENTO AL CRITERIO ESTACIONAL. 5. VENTA EN LIQUIDACIÓN. 6. VENTAS CON OBSEQUIO.—**IV. DETERMINACIÓN DE LOS PRODUCTOS AFECTOS A LA PROMOCIÓN COMERCIAL:** 1. LA RELACIÓN ENTRE EL FACTOR NUMÉRICO Y TEMPORAL EN LA PROMOCIÓN DE VENTAS. 2. RELIMITACIÓN ESPACIAL DE LA PROMOCIÓN.—**V. EL PRECIO COMO FACTOR FUNDAMENTAL DE LA PROMOCIÓN:** 1. EL DESCUENTO ECONÓMICO. 2. IDENTIFICACIÓN DEL PRECIO FINAL DEL PRODUCTO.

Número 21 (2004)

«Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?»,
por ANTONIO GORDILLO CAÑAS.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—
II. SOBRE LA INEXISTENCIA DE PRESUNCIÓN LEGAL DE GANANCIALIDAD PASIVA, LAS RAZONES DE SU NEGACIÓN Y LA CONSECUENCIA QUE DE ELLA SE HACE DERIVAR.—III. EL CRITERIO OBJETIVO O INTRÍNSECO DE GANANCIALIDAD DE LAS DEUDAS.—IV. LOS DISTINTOS ASPECTOS Y MOMENTOS DE LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA CONYUGAL Y LA ACUMULACIÓN A ELLA DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL CÓNYUGE QUE LA CONTRAE.—V. LA PRUEBA DE LA GANANCIALIDAD POR EL ACREEDOR: IMPOSIBLE MORALMENTE DE HECHO Y LEGALMENTE INNECESARIA.—VI. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 541 LEC EN LO REFERENTE A ELLA, Y CONCLUSIÓN.

«Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», por MARÍA TERESA PÉREZ JIMÉNEZ.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—II. EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 1. CONFIGURACIÓN EN LA LEY 41/2003. 2. RELACIÓN CON EL CONCEPTO GENERAL DE PATRIMONIO Y CON LOS PATRIMONIOS ESPECIALES.—III. LA AUTOTUTELA.—IV. MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE RÉGIMEN SUCESORIO: 1. NUEVA CAUSA DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER. 2. GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA.

Número 22 (2004)

«La rendición de cuentas en las fundaciones a la luz de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», por EVA M.^a MARTÍNEZ GALLEGÓ.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO.—II. LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS: 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. 2. OBLIGACIONES CONTABLES. 3. APROBACIÓN DE LAS CUENTAS Y AUDITORÍA EXTERNA. 4. RENDICIÓN DE CUENTAS FINAL POR EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN. 5. RENDICIÓN DE CUENTAS FINAL EN OTROS SUPUESTOS. 6. CONTENIDO DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS. 7. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE EXONERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN.—III. OBLIGACIÓN DE DAR CUENTAS.

«Ejercicio en sociedad de la profesión de abogado», por GLORIA ORTEGA REINOSO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOCIEDADES DE (O ENTRE) PROFESIONALES: 1. SOCIEDADES DE MEDIOS (o INSTRUMENTALES). 2. SOCIEDADES DE

COMUNICACIÓN DE RESULTADOS DE ABOGADOS.—III. **SOCIEDADES PROFESIONALES: 1. CARACTERIZACIÓN. 2. DESPACHOS COLECTIVOS DE ABOGADOS.**

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS Números VII y VIII (2001-2002)

«Desafillamientos. Valle de Tena (Aragón). 1436-1540», por MANUEL GÓMEZ DE VALENZUELA, pág. 11 (sin sumario).

«El “desafillamiento” en el Derecho aragonés», por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, pág. 23.

SUMARIO: 1. EL DESAFILLAMIENTO EN LOS TEXTOS MÁS ANTIGUOS.—2. EL DESAFILLAMIENTO EN LOS FUEROS DE *EXHEREDATIONFILIORUM* (1247).—3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS FUEROS DE *EXHEREDATIONE FILIORUM* POR LA DOCTRINA POSTERIOR A 1247.—4. LA DESHEREDACIÓN TRAS LOS FUEROS DE *TESTAMENTIS* (1307 Y 1311).—5. «DESAFILLAR», EN EL CONTEXTO DEL FUERO *NE PATER VEL MATER PRO FILIO TENEATUR*.—6. «DESAFILLAR» EN LAS GLOSAS Y LAS OBSERVANCIAS *NE PATER VEL MATER PRO FILIO TENEATUR*.—7. «DESAFILLAR» EN LA DOCTRINA DE LOS SIGLOS XVI Y XVII.

«El testamento unipersonal en el medio rural del Alto Aragón (Estudio de protocolos notariales del siglo XVII)», por NATIVIDAD RAPÚN GIMENO, pág. 47.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: 1. LA TRADICIONAL LIBERTAD DE TESTAR EN ARAGÓN Y LA UNIDAD DEL PATRIMONIO FAMILIAR. LA «CASA». 2. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN EL ALTO ARAGÓN. SIGLO XVII. 3. EL TESTAMENTO COMO EXPRESIÓN DE UNA ÚLTIMA VOLUNTAD COMPLEJA.—I. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO HISTÓRICO ARAGONÉS: 1. CONCEPTO GENERAL. TESTAMENTO UNIPERSONAL Y TESTAMENTO MANCOMUNADO. 2. CLASES DE TESTAMENTO.—II. LAS SOLEMNIDADES TESTAMENTARIAS Y LA INTERVENCIÓN NOTARIAL: 1. EL TESTAMENTO COMO DOCUMENTO FORMAL Y SOLEMNE. 2. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL.—III. **DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS:** 1. EL TESTADOR Y sus CIRCUNSTANCIAS. 2. LA RELIGIÓN Y LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES. 3. PAGO DE DEUDAS, TUERTOS E INJURIAS. 4. LEGÍTIMA FORAL. 5. LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO. 6. LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO. 7. PACTOS, VÍNCULOS Y CONDICIONES. 8. LEGADOS Y MANDAS PIADOSAS. 9. NOMBRAMIENTO DE «EXECUTORES».—IV. **EL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR:** 1. LA MUERTE. 2. ADVERACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO ANTE PÁRROCO. 3. APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO. 4. EJECUCIÓN DEL TESTAMENTO.—V. CONCLUSIONES.—VI. **FUENTES DOCUMENTALES.**—VII. BIBLIOGRAFÍA.

«Las mujeres y el régimen económico-matrimonial en el Código Civil español y en el Derecho Civil aragonés», por MARÍA DE ARÁNZAZU NOVALES ALOUÉZAR, pág. 153 (sin sumario).

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 37 (Enero-junio 2004)

«El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición *mortis causa*», por JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, pág. 11.

SUMARIO: I. IDEAS INTRODUCTORIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.—III. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN.—IV. OBJETO DEL DERECHO.—V. LA OBLIGACIÓN DE INVENTARIO Y SU DISPENSA.—VI. ESTATUTO JURÍDICO DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.—VII. EN ESPECIAL, LA REGLA DE LA LEY 260.—VIII. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.—IX. CAUSAS DE PRIVACIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.—X. EL IMPACTO DE LA CONVIVENCIA MARITAL EN LA CONCLUSIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.

«La caución por el daño temido de la Ley 351,2 del Fuero Nuevo», por TERESA HUALDE MANSO, pág. 45.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA *CAUTIO DAMNI INFECTI* EN EL DERECHO ROMANO: A) BASES DE LA INSTITUCIÓN. B) ELEMENTOS OBJETIVOS, SUBJETIVOS Y FORMALES. C) LA NEGATIVA AL OTORGAMIENTO DE LA «CAUTIO».—III. LA CAUCIÓN POR EL DAÑO TEMIDO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS: A) DERECHO ITALIANO. B) DERECHO ALEMÁN.—IV. LA CAUCIÓN POR DAÑO TEMIDO EN EL FUERO NUEVO DE NAVARRA: A) EN GENERAL. B) CARACTERES Y PRESUPUESTOS DE LA INSTITUCIÓN.—V. *CAUTIO DAMNI INFECTI* Y VÍAS JUDICIALES ANTE RIESGOS VECINALES: A) LA DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO Y EL JUICIO VERBAL DE DEMOLICIÓN O DERRIBO. B) ACCIÓN DE CESACIÓN DE EFECTOS PERJUDICIALES Y CAUCIÓN POR DAÑO TEMIDO.—VI. LA **GARANTÍA DE INDEMNIDAD**: A) GARANTÍA Y RESPONSABILIDAD. B) GARANTÍA Y MEDIDAS MATERIALES DE ASEGURAMIENTO. FORMAS DE GARANTÍA Y EFECTOS.

«Los instrumentos de ordenación territorial en la Comunidad Foral de Navarra», por JUAN CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 75.

SUMARIO: I. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—II. EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA LEGISLACIÓN NAVARRA: 1. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.—III. LA LEY FORAL 35/2002, DE 20 DE DICIEMBRE, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO: 1. OBJETIVOS Y FINES. 2. INICIATIVA PRIVADA Y PARTICIPACIÓN. 3. COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS.—IV. CONCEPTO E INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN TERRITORIAL: 1. CONCEPTO. 2. Los INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN TERRITORIAL. NATURALEZA, PRIMACÍA Y VIGENCIA. 3. LA ESTRATEGIA TERRITORIAL DE NAVARRA: 3.1. *Concepto*. 3.2. *Objeto y finalidad*. 3.3. *Documentos y determinaciones*. 3.4. *Elaboración y aprobación*. 4. Los PLANES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL: 4.1. *Concepto*. 4.2. *Funciones*. 4.3. *Documentos y determinaciones*. 4.4. *Elaboración y aprobación*. 4.5. *Vigencia, re-*

visión y modificación. 5. Los PLANES DIRECTORES DE ACCIÓN TERRITORIAL: 5.1. *Concepto y ámbito.* 5.2. *Desarrollo.* 5.3. *Determinaciones y documentos.* 5.4. *Elaboración y aprobación.* 5.5. *Vigencia, revisión, ampliación y modificación.* 6. Los PLANES Y PROYECTOS SECTORIALES DE INCIDENCIA SUPRAMUNICIPAL: 6.1. *Objeto, alcance y naturaleza.* 6.2. *Determinaciones y documentos de los Planes Sectoriales.* 6.3. *Determinaciones y documentos de los Proyectos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal.* 6.4. *Elaboración y aprobación.* 6.5. *Vigencia.* 6.6. *Exención de controles locales.*—V. **INTERRELACIÓN ENTRE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y LA URBANÍSTICA:** 1. **FUNCIONALIDAD.** 2. **LA NECESARIA COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA.** 3. **DIVERSIDAD DE MEDIOS Y TÉCNICAS:** 3.1. *Jerarquía y complementariedad de los instrumentos.* 3.2. *Vinculación del planeamiento urbanístico.*

«El proyecto de constitución federal de la I República Española (1873)», por FRANCISCO JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTEXTO HISTÓRICO: PROCLAMACIÓN Y CAÍDA DE LA I REPÚBLICA.—III. ELABORACIÓN Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA I REPÚBLICA.—IV. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA I REPÚBLICA: 1. UNA CONSTITUCIÓN PROGRESISTA QUE CONFIGURABA UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. 2. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA POPULAR. LA CONFUSA DEFINICIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA. 3. EL RECONOCIMIENTO DE UN AMPLIO CATÁLOGO DE DERECHOS Y LIBERTADES. 4. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES. 5. LA REPÚBLICA COMO FORMA DE GOBIERNO: ¿FORMA PARLAMENTARIA O PRESIDENCIALISTA? 6. EL BICAMERALISMO PARLAMENTARIO. 7. UN ESTADO ORGANIZADO TERRITORIALMENTE DE FORMA «FEDERAL». 8. LA INCIPIENTE PREOCUPACIÓN POR LAS CUESTIONES SOCIALES. 9. LA SEPARACIÓN IGLESIA-ESTADO. EL CARÁCTER ACONFESIONAL DEL ESTADO. 10. LA REFORMA RÍGIDA DE LA CONSTITUCIÓN.—V. **LA ORGANIZACIÓN FEDERAL DEL ESTADO:** 1. **EL FEDERALISMO:** UNA APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO. 2. NOTAS BÁSICAS DEFINIDORAS DE UN ESTADO FEDERAL: A) *La existencia de una Constitución del Estado federal y de tantas constituciones particulares como Estados regionales.* B) *La participación de los Estados regionales en la formación de la voluntad federal.* C) *Distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados regionales.* D) *Bicameralismo parlamentario con representación de los Estados regionales en una de las cámaras del Parlamento federal.* E) *Existencia de un Tribunal Federal encargado de resolver por vía jurisdiccional los conflictos entre el Estado federal y los Estados regionales, o entre estos últimos.*—VI. **NAVARRA EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN:** 1. FORALISMO Y FEDERALISMO. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS. 2. CONSECUENCIAS PARA NAVARRA DE HABERSE APROBADO EL PROYECTO.

«El gravamen sobre los documentos notariales», por ARANCHA YUSTE JORDÁN, pág. 147.

SUMARIO: I. NATURALEZA Y OBJETO DEL GRAVAMEN.—II. EL IAJD COMO IMPUESTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—III. INTEGRACIÓN DEL IAJD EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA.—IV. EL HECHO IMPONIBLE DEL IAJD EN LA MODALIDAD DE «DOCUMENTOS

NOTARIALES»: 1. CONCEPTO DE «DOCUMENTOS NOTARIALES». 2. MODALIDADES DE GRAVAMEN: 2.1. *Cuota fija*. 2.2. *Cuota gradual*: 2.2.1. Requisitos: 2.2.1.1. El documento notarial. 2.2.1.2. El acto jurídico. 2.2.1.3. La registrabilidad del acto. 2.2.1.4. El acto objeto valuable. 2.2.1.5. La no sujeción a otros impuestos. 2.2.2. Casos especiales de cuota gradual: 2.2.2.1. Condiciones resolutorias explícitas. 2.2.2.2. Préstamos y empréstitos. 2.2.2.3. Operaciones societarias.—V. EXENCIONES.—VI. BASE IMPONIBLE.—VII. SUJETO PASIVO.—VIII. CUOTA TRIBUTARIA: 1. CUOTA FIJA. 2. CUOTA GRADUAL.

ANUARIO DA FACULDADE DE DEREITO
DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Número 8 (2004)

- «Hacia la consecución de un marco jurídico para la exportación de OMG desde la Unión Europea —comentario sobre el Reglamento (CE) n. 1946/2003, relativo al movimiento transfronterizo de organismos modificados genéticamente—», por MONTSERRAT ABAD CASTELOS y GABRIELA ALEXANDRA OANTA, pág. 13.
- «La protección integral de los datos de carácter personal en México: la inaplazable elección legislativa, entre el modelo norteamericano y el modelo de la Europa unificada», por FRANCISCO JAVIER ACUÑA LLAMAS, pág. 27.
- «Expresión interdictal *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* (D.43,13,1,pr)», por JUAN MIGUEL ALBUQUERQUE SACRISTÁN, pág. 53.
- «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del Derecho comunitario», por PILAR ÁLVAREZ BARBEITO, pág. 61.
- «Nuevas tecnologías informáticas y poder de dirección y control del empresario. A propósito de reclamaciones por despido del trabajador», por ALBERTO ARUFE VARELA, pág. 77.
- «A responsabilidade patrimonial da administración pola morte de internos en centros penitenciarios», por CARLOS AYMERICH CANO, pág. 85.
- «El régimen probatorio en el recurso de apelación civil», por ALBERTO BALBONTIN RETAMALES, pág. 95.
- «La obligación de garantía por evicción del comprador en el Derecho romano clásico», por JAVIER BELDA MERCADO, pág. 119.
- «Ámbito de la competencia de los Tribunales Superiores en materia de Derecho Civil: las peculiaridades del caso gallego», por DOMINGO BELLO JANEIRO, pág. 141.
- «La criminalización de las defraudaciones a la seguridad social en el ámbito del Derecho comparado: luces y sombras», por JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, pág. 167.

- «Los recursos en los nuevos juicios rápidos», por SONIA CALAZA LÓPEZ, pág. 193.
- «Los principios de protección de datos genéticos y la declaración de la UNESCO», por ASCENSIÓN CAMBRÓN INFANTE, pág. 209.
- «Aspectos xurídico-laborais e de seguridade social do traballo da muller no mar», por XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ, pág. 223.
- «Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE», por LUIS CASTILLO CORDOVA, pág. 233.
- «La *licentia docendi*: comienzo y desarrollo de la carrera universitaria», por EDUARDO CEBREIROS ÁLVAREZ, pág. 259.
- «La delimitación entre insolvencia concursal e insolvencia laboral, a la luz de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», por ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA, pág. 281.
- «Derechos humanos y corrupción administrativa», por AUGUSTO DURAN MARTÍNEZ, pág. 299.
- «Un derecho sin espacios: Derecho romano, *ius commune* y Derecho común europeo», por ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO, pág. 311.
- «De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei civiles*», por ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, pág. 331.
- «El derecho a la negociación colectiva a través de la interpretación del Tribunal Constitucional», por JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, pág. 349.
- «El *iusiurandum calumniae* en la *editio actionis* y en la *editio rationum del argentarius*», por JULIO GARCÍA CAMINAS, pág. 369.
- «Liberalismo y republicanismo en las Constituciones brasileñas del siglo XIX», por JAVIER GARCÍA MEDINA, pág. 373.
- «El deslinde de las costas», por MARTA GARCÍA PÉREZ, pág. 391.
- «El régimen jurídico del menor inmigrante», por SONIA GARCÍA VÁZQUEZ, pág. 423.
- «Contratos temporales y estabilidad del trabajador en el empleo en España», por JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, pág. 451.
- «Cuestiones relativas a la *occupatio bellica*», por LUIS MASIDE MIRANDA, pág. 461.
- «¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea», por CARLOS MASSINI-CORREAS, pág. 487.
- «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 505.

- «Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria», por ROSA MENTXACA ELESPE, pág. 519.
- «Democracia y principio mayoritario en el proceso de integración europea», por Josu DE MIGUEL BARCEÑA, pág. 535.
- «Un aspecto del favor*patrimonii domestici* como expresión del sistema del *ius commune* en las indias», por EMMA MONTANOS FERRÍN, pág. 555.
- «Reflexiones sobre la identidad cultural europea», por GLORIA MORAN GARCÍA, pág. 567.
- «La Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza y el problema de las clases de religión», por SUSANA MOSQUERA MONELOS, pág. 587.
- «Supuestos de divergencia entre voluntad interna y declaración en la *emptio venditio*», por EVA M.^a POLO AREVALO, pág. 601.
- «La financiación de las *viae publicae romanae*», por VANESSA PONTE, pág. 615.
- «La reparación en el marco del Derecho Penal medioambiental», por Luz M.^a PUENTE ABA, pág. 629.
- «El vitalicio», por JUAN J. RAPOSO ARCEO, pág. 653.
- «Medidas técnicas para el reforzamiento de la seguridad marítima en aguas comunitarias», por ADELA REY ANEIROS, pág. 683.
- «En el veinticinco aniversario de la Constitución de 1978», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 693.
- «El proceso romanizador territorial y jurídico de *Gallaecia*», por LUIS RODRÍGUEZ ENNES, pág. 705.
- «Notas introductorias en torno a las relaciones laborales en Roma», por RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO, pág. 727.
- «La autotutela», por MARÍA E. ROVIRA SUEIRO, pág. 743.
- «Aproximación al sentido funcional de *regula*», por JOSÉ M.^a ROYO ARPÓN, pág. 763.
- «Estado social *versus* aldea global», por JAVIER REIPÉREZ ALAMILLO, pág. 777.
- «Nuevos avances en el acceso a lugares de refugio: las directrices sobre lugares de refugio para buques en peligro adoptadas por la Organización Marítima Internacional», por BELEN SANCHEZ RAMOS, pág. 825.
- «El tratado hispano-portugués sobre la cooperación transfronteriza territorial», por MARTA SOBRINO PRIETO, pág. 839.
- «Una aproximación desde el derecho comunitario a la catástrofe del Prestige», por JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, pág. 853.

- «Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español», por JAVIER TAJADURA TEJADA, pág. 875.
- «De la enseñanza bilingüe en general y la docencia del Derecho romano en lengua vasca en particular», por JOSÉ ÁNGEL TAMAYO ERRAZQUIN, pág. 909.
- «Ciencia jurídica, valoración y metafísica. Una cuestión recurrente en el realismo jurídico escandinavo», por ÓSCAR VERGARA LACALLE, pág. 921.
- «Apresentação do código do trabalho, com especial referencia ás relacoes colectivas», por BERNARDO XAVIER, pág. 941.

REVISTA JALISCIENSE Número 2 (Julio-Diciembre 2003)

- «Federalismo hacendario: su implementación desde la Administración Pública Federal», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, pág. 17.
- «Argumentos para la integración de un Código Bancario y la estabilidad del derecho financiero», por LUIS CUITLÁHUAC MARTÍN DEL CAMPO MORENO, pág. 49.
- «El sobreseimiento del proceso en delitos fiscales», por JOSÉ LUIS CASTALLENOS GONZÁLEZ, pág. 59.
- «El *habeas data* o respeto a la intimidad en el Derecho informático», por MARTÍN EDUARDO PÉREZ CAZARES, pág. 75.
- «El derecho a una muerte digna», por LUIS IGNACIO NAVARRO GONZÁLEZ, pág. 87.
- «Paz, terrorismo y derechos humanos», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, pág. 137.
- «Globalización económica y flexibilización laboral», por JAIME HERNÁNDEZ ORTIZ, pág. 177.
- «Procesos de formación del abogado en un mundo globalizado», por CARLOS EDUARDO MOYADO ZAPATA, por JOSÉ PADILLA ARELLANO, pág. 211.
- «Las denominaciones de origen: nuestra identidad en el mundo», por IRIS DEL Rocío OROZCO ARGOTE, pág. 243.
- «La comunidad-sociedad (*polis, civitas, calpulli, dello stato*)», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 249.
- «Aspectos históricos del bachillerato en la Real y Literaria Universidad de Guadalajara», por CARLOS RAMIRO RUIZ MORENO, pág. 277.

Número 1 (Enero-Junio 2004)

- «Cultura política, ciudadanía y medios que forman, inducen y determinan la opinión pública», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 11.
- «Algunas consideraciones sobre el denominado contrato de servicios múltiples», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, pág. 41.
- «El Derecho de Ginebra y la intervención humanitaria», por MARIO VIGNETTES, pág. 87.
- «Los orígenes de la Cláusula Calvo y de su inserción en la legislación mexicana», por CARLOS CERDA DUEÑAS, pág. 111.
- «Principios del procedimiento administrativo tributario federal», por GUSTAVO AMEZCUA GUTIÉRREZ, pág. 133.
- «La Organización Internacional del Trabajo, su actividad normativa y sus Convenios fundamentales», por ROBERTO CHARIS GÓMEZ, pág. 161.
- «¿Es la Seguridad Social en el siglo XXI todavía un derecho humano?», por ÁNGEL GUILLERMO RUIZ MORENO, pág. 209.
- «El sistema pensionario mexicano, mitos y realidades», por OCTAVIO GARCÍA MALDONADO, pág. 219.
- «Un camino para combatir la pobreza. Defensa jurídica de la suficiencia del salario», por PEDRO DE JESÚS PALLARES YABUR y ALEJANDRO PEDRÍN CISNEROS, pág. 235.
- «Historia del ayuntamiento colonial tapatío», por MARINA MANTILLA TROLLE, pág. 259.
- «El papel de ANFADE en la acreditación de las facultades y escuelas de derecho en México», por CARLOS EDUARDO MOYADO ZAPATA, pág. 287.

**BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Vol. LXXIX (2003)**

- «O Direito Luso-Brasileiro: Codificacao Civil», por A. SANTOS JUSTO, pág. 1.
- «Garanties dans la Vente de Biens de Consommation. La Transposition de la Directive 1999/44/CE dans le Droit Portugais», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 47.
- «Os Direitos Fundamentais e a sua Proteccao Jurisdiccional Efectiva», por FERNANDO ALVES CORREIA, pág. 63.

- «A Justiça Administrativa em Portugal (1974-1999)», por VITAL MOREIRA, CATERINA SARMENTO E CASTRO, pág. 97.
- «A Ética do Continuum das Especies e a Resposta Civilizacional do Direito. Breves Reflexões», por JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, pág. 197.
- «A Recente Evolução do Direito da Filiação na Alemanha: Considerações Comparativas», por ERYK JAYME, pág. 217.
- «La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo. La impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano», por FERNANDO REY MARTÍNEZ, pág. 225.
- «Propriedade Intelectual e Interesse Público», por J. P. REMEDIO MARQUES, pág. 293.
- «O Direito a Privacidade e a Protecção de Dados Genéticos: Uma Perspectiva de Direito Comparado», por TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, pág. 355.
- «Reconocimiento legal del valor dignidad», por MILAGROS OTERO PARGA, pág. 437.
- «¿Hacia el fin del Derecho Constitucional europeo?», por CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 463.
- «El delito de impago de pensiones (art. 227 CP)», por SANTIAGO B. BRAGE CENDÁN, pág. 503.
- «Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Especial consideración al convenio regulador y a la pensión compensatoria», por ANTONIA NIETO ALONSO, pág. 523.
- «Contratación electrónica internacional: Delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la Ley Aplicable», por MARTA REQUEJO ISIDRO, pág. 581.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (2004)

- «Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: "Rules" at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws», por HERBERT KRONKE, pág. 467.
- «The Harmonisation of ASEAN Competition Laws and Policy and Economic Integration», por LAWAN THANADSILLAPAKUL, pág. 479.
- «Competition Law and Perspectives for Harmonisation», por DIETMAR BAETGE, pág. 501.
- «The Context and Development of Transnational Law Practice and Policy in Nigeria», por OLAKUNLE O. OLATAWURA, pág. 511.

- «Commercial Space Launch Services Contracts in France and the United States of America», por JULIAN HERMIDA, pág. 537.
- «The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and its Protocol on Matters Specific to Aircraft Equipment: a Belgian Perspective», por GIULIA MAURI y BIRGITTA VAN ITTERBEEK, pág. 547.
- «Rights of Financiers in Aircraft: a Finnish Perspective on the 2001 Cape Town Instruments», por HANS WASSGREN, pág. 557.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Número 212 (Julio-Diciembre 2002)

- «Inauguración de las XXXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público», por SERGIO CARRASCO DELGADO, pág. 13.
- «Análisis crítico de las reformas propuestas al Tribunal Constitucional», por EDUARDO ALDUNATE LIZANA, pág. 19.
- «El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la historia política institucional chilena», por AMAYA ALVEZ MARÍN, pág. 33.
- «Participación y democracia, una reforma olvidada», por ALFONSO BANDA VERGARA, pág. 47.
- «Sistema electoral y reformas a la Constitución», por JUAN PABLO BECA FREÍ, pág. 63.
- «El derecho de propiedad y la jurisprudencia constitucional», por Luz BULNES ALDUNATE, pág. 71.
- «Constitución Política de 1980. Finalidades y aplicación sobre la descentralización administrativa y regionalización de Chile», por SERGIO CARRASCO DELGADO, pág. 87.
- «Comentario crítico a la reforma constitucional del artículo 82, número 12», por KAMEL CAZOR ALISTE, pág. 105.
- «Las reformas a la Constitución desde los derechos fundamentales», por JORGE CONTESSE SING, pág. 115.
- «Plebiscito de reforma constitucional», por MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 129.
- «Algunas ideas en torno a eventuales reformas constitucionales a la Presidencia de la República», por HERNÁN MOLINA GUAITA, pág. 145.

- «120 años de inmigración suiza en la Araucanía: Régimen jurídico de la colonización suiza en la frontera», por PAULETTE MONNIER BERNER, pág. 153.
- «Las comisiones investigadoras a la luz de la Constitución», por ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, pág. 167.
- «¿Reformas a la Constitución Política o una nueva Constitución Política? Chile necesita una Constitución generosa», por JORGE MARIO QUINZIO FIGUEIREDO, pág. 173.
- «El derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Comentarios a la sentencia rol número 334», por TEODORO RIBERA NEUMANN, pág. 179.
- «Generación del Tribunal Constitucional», por LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ, pág. 203.
- «Los estados de excepción constitucional en Chile», por LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ, pág. 207.
- «Aportes para la reforma a la Carta Fundamental de 1980», por MARIELA RUBANO LAPASTA, pág. 241.
- «Reformas constitucionales propuestas para el Tribunal Constitucional», por FERNANDO SAENGER GIANONI, pág. 263.
- «Descentralización y paradiplomacia. Reflexiones sobre la constitucionalización del manejo de las relaciones internacionales», por JORGE TAPIA VALDÉS, pág. 281.
- «De la razón —no establecida por la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema— de por qué es meramente declarativa la sentencia definitiva de amparo económico», por PAULINO VARAS ALFONSO, pág. 307.
- «La ilegitimidad de la historia fidedigna de la Constitución de 1980», por TOMÁS VIAL SOLAR, pág. 317.
- «Derechos colectivos. Reflexiones en torno a la voluntad y representación de los sujetos colectivos», por HERNÁN VIGUERA FIGUEROA, pág. 329.
- «Tribunal Constitucional y control de constitucionalidad», por FRANCISCO ZUNIGA URBINA, pág. 341.
- «La naturaleza de la nulidad de Derecho Público», por MARCELO ACUÑA BUSTOS, pág. 373.
- «Constitucionalización de la capacitación judicial: Una propuesta pendiente», por PABLO ALARCÓN DAÑA, pág. 391.
- «Evolución del Derecho Administrativo chileno y del régimen de control de la Administración Pública», por ARTURO AYLWIN AZOCAR, pág. 399.

- «La responsabilidad extracontractual del Estado administrador chileno: Una visión actual», por CLAUDIO FERNÁNDEZ PONCE, pág. 415.
- «La reforma constitucional del Gobierno en materia de regionalización: Una propuesta mezquina e insuficiente», por JUAN CARLOS FERRADA BOHÓRQUEZ, pág. 437.
- «Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser contralor general de la República», por OSVALDO GARAY OPAZO, pág. 461.
- «Responsabilidad objetiva del Estado en su actividad administrativa», por FABIÁN HUEPE ARTIGAS, pág. 487.
- «La cláusula de precario y la utilización del dominio público: Límites constitucionales a una institución leonina», por SANTIAGO MONTT OYARZÚN, pág. 507.
- «Nuevos aspectos de la nulidad de derecho público», por BALTAZAR MORALES ESPINOZA, pág. 533.
- «La autonomía de las carreras de Derecho en el marco de la globalización», por LUIS SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, pág. 545.
- «Concepto, elementos y principios del servicio público eléctrico», por ALEJANDRO VERGARA BLANCO, pág. 573.
- «Relaciones Unión Europea-Chile: Camino a la asociación», por PAULINA ASTROZA SUÁREZ, pág. 589.
- «Aspectos internacionales sobre la confidencialidad de la información», por RAÚL F. CAMPUZANO, pág. 611.
- «Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones», por FAROUK GARFE JARUFE, pág. 633.
- «Las minorías en el desarrollo histórico del Derecho internacional», por XIMENA GAUCHE MARCHETTI, pág. 675.
- «Un mal día no es eterno: Seis alcances en materia de invalidación y nulidad de los actos administrativos», por RAÚL LETELIER WARTENBERG, pág. 691.
- «Interpretación y aplicación de los convenios sobre doble tributación internacional», por OMAR MORALES CARRASCO, pág. 729.
- «El pensamiento papal en las Naciones Unidas», por HERNÁN VÁRELA VALENZUELA, pág. 741.
- «La justicia constitucional en el Approach del profesor R. Dworkin», por ISMAEL BUSTOS CONCHA, pág. 751.
- «La argumentación política y sus formas», por JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO CORRÉA, pág. 761.

- «Acerca del concepto y el origen de la justicia constitucional», por RODRIGO PICA FLORES, pág. 777.
- «El estado de naturaleza en el pensamiento de Spinoza», por FRANCISCO VEGA MÉNDEZ, pág. 787.
- «Acto de Clausura de las XXXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público», por SERGIO CARRASCO DELGADO, pág. 811.

