

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXX • Mayo-Junio 2004 • Núm. 683

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: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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.

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se crea el PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2.500 euros.
- 2.º Se concederá un solo premio anual al mejor trabajo publicado en el año, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años.
- 3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción, los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo y además por el Secretario-Consejero de la Revista, que actuará también como secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º Los premios serán objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

NORMAS A TENER EN CUENTA COMO *MODELO ÚNICO* EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios, para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios, para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo.
- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.
 - I. ...
 - II. ...
 - III. ...
- Índice de las Sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse siempre con el número del Repertorio de Aranzadi. El esquema es el siguiente: Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002 (R.A. n.º 2987).
- En último término, se contendrá la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, la cual seguirá necesariamente el siguiente orden:

Si se tratara de un *Libro*, por ejemplo:

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro, por ejemplo:

BENABENT, Alain: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*, por ejemplo:

ALONSO PÉREZ, Mariano: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969/2, págs. 373 y sigs.

- Esta última norma no impide que si durante el texto es conveniente apoyarse en la doctrina de algún autor, sea citado en el mismo texto, pero *no a pie de página*, sino a continuación de la argumentación que se esgrime, de la siguiente manera:
- «La ampliación de este párrafo a los hijos mayores de edad, operada por la reforma de 13 de junio de 1981, no se circunscribe a las relaciones... (ver DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, Tecnos, 1984, págs. 1030-1032)».

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

| | |
|--|------|
| «Presupuestos del derecho de regreso en la cofianza», por ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES | 1187 |
| «Perspectiva histórico-jurídica de una contribución impositiva: Del Catastro al IBI (siglos XVIII-XXI)», por ANTONIO JORDÁ FERNÁNDEZ | 1213 |
| «Certificación registral: Valor probatorio en el proceso», por ANTONIO MANZANO SOLANO | 1255 |
| «La reforma del Derecho registral inglés», por SERGIO NASARRE AZNAR | 1285 |

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

| | |
|---|------|
| «Algunas consideraciones sobre la propuesta de convenio en la Ley Concursal (arts. 99 a 103)», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ | 1315 |
|---|------|

DICTÁMENES Y NOTAS

| | |
|--|------|
| «La protección del fiador en el Derecho alemán (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19-10-1993)», por PABLO GÓMEZ BLANES | 1337 |
| «La primacía del acreedor hipotecario sobre el superprivilegio salarial en relación al bien afecto en la nueva Ley Concursal», por EMILIO GONZÁLEZ BILBAO | 1351 |
| «Calificación y recursos en la Ley 24/2001, de 27-12, y reformas posteriores», por MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES | 1367 |
| «La identificación de las fincas en el sistema registral italiano», por MARGARITA HERRERO OVIEDO | 1411 |
| «De nuevo sobre el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas: matizaciones acerca del ejercicio con cargo al cual puede procederse a la distribución de cantidades a cuenta de dividendos», por JOSÉ MASSAGUER FUENTES | 1437 |
| «Derecho de propiedad y derecho a edificar», por CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE | 1447 |

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERALResoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 1465**COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA****1. DERECHO CIVIL**

1.1. Parte general:

- Derecho a la propia imagen. Daño a la imagen electoral de un partido político, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1487

1.2. Derecho de familia:

- Filiación. Reclamación de paternidad extramatrimonial, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1489

1.3. Derechos reales:

- Subrogación de préstamo hipotecario. Derecho a enervar la subrogación por el primer prestamista, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1491
- Cancelación de hipoteca. Necesidad de consentimiento cancelatorio del titular, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1494

1.4. Sucesiones:

- Diferencia entre una donación *mortis causa* y una donación simple *inter vivos*, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 1500

1.5. Obligaciones y contratos:

- Responsabilidad del arquitecto que reforma una edificación partiendo de lo ya ejecutado, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1502
- Contrato de seguro. Exención del pago de la indemnización por parte de la aseguradora, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1503
- Seguro de vida y enfermedad declarada, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1505
- Tercería de dominio. Levantamiento del velo, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1506
- Daños y perjuicios. Cuantificación de los daños, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1507

| | <i>Págs.</i> |
|---|--------------|
| — Suspensión de pagos. El acreedor como tenedor legítimo de la cambial, por ISABEL MORATILLA GALÁN | 1510 |
| — Nulidad radical o relativa del negocio, por ISABEL MORATILLA GALÁN | 1511 |
| 1.6. Responsabilidad civil: | |
| — Responsabilidad solidaria con base en el artículo 1.591 del Código Civil. Responsabilidad del aparejador. Concepto de ruina, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ | 1513 |
| — Responsabilidad extracontractual. Emisión de productos contaminantes. Responsabilidad civil por inmisiones, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ | 1516 |
| 2. DERECHO MERCANTIL | |
| — Contratación mercantil. Contrato de viaje combinado, por SYLVIA GIL CONDE | 1522 |
| — Prescripción de acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, por AURORA CAMPINS VARGAS | 1527 |
| 3. URBANISMO, por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados. | |
| — Conjuntos inmobiliarios, propiedad horizontal y declaración de obra nueva, por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN | 1539 |
| ACTUALIDAD JURÍDICA | |
| Información legislativa y de actividades | 1555 |
| INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA | |
| BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTIL Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA | 1581 |
| RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS: | |
| «Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico», de JESÚS LÓPEZ MEDEL, por JAVIER GÓMEZ GÁLIGO | 1586 |
| «Interpretación del testamento», de ANTONI VAQUER ALOY, por SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA | 1587 |
| REVISTA DE REVISTAS | 1597 |
| CARTAS AL DIRECTOR | 1613 |

ESTUDIOS

Presupuestos del derecho de regreso en la cofianza

1. El presupuesto inicial y lógico para que uno de los cofiadores pueda «reclamar a cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer» (art. 1.842 del Código Civil) es que aquél «haya pagado» o satisfecho la totalidad de la deuda o una porción de la misma superior a la que internamente le concernía. El pago del cofiador que actúa en regreso contra los otros cofiadores se presenta, por tanto, como primera condición de semejante recurso; ahora bien, si la norma (art. 1.483 del Código Civil) permite que «el fiador aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal» en determinados casos, entre ellos el de su insolvencia, ¿cabrá también la posibilidad de que uno de los cofiadores actúe contra los restantes antes de haber pagado, cuando el deudor principal resulte insolvente?

En el Derecho histórico francés parece que semejante actuación precautoria era posible, ya que a tenor de diversas sentencias de los Parlamentos de París y Normandía y de acuerdo al parecer de algunos autores (BESNAGE, BORDEAU, etc.) en el caso de insolvencia del deudor principal, el fiador tenía acción contra sus cofiadores, no sólo tras haber pagado al acreedor, sino incluso antes, al objeto de reclamar de los mismos la contribución que junto a la suya permitiría la satisfacción del derecho de crédito garantizado.

Ya POTHIER se mostró contrario a semejante posibilidad. Para el gran clásico francés, podía admitirse que cuando uno de los fiadores es perseguido por el acreedor, el demandado reclame a sus cofiadores la parte debida por cada uno, posibilidad que emana de la equidad, que no permite que de los que igualmente se han comprometido a ser responsables de una deuda, uno sufra más perjuicio que los otros, razón de equidad que hace admitir también que el fiador conminado pueda pedirle al acreedor que divida su acción entre todos los fiadores; en cambio, «mientras el fiador no es perseguido para que pague, no tiene acción alguna contra sus cofiadores para obligarles a contribuir con él al pago de la deuda», en razón de que «no habiendo entendido contratar entre ellos obligación alguna, aquélla de donde nace la acción que uno de ellos tiene contra sus cofiadores cuando es perseguido, no está funda-

da más que en una razón de equidad, que nace de las diligencias mismas que se dirigen contra él» (1).

Hoy, en base a los textos legales, no cabe duda alguna. El fiador sólo puede actuar en regreso contra los cofiadores cuando haya pagado, sin que quepa, incluso, la posibilidad apuntada por POTHIER de reclamo preventivo en el supuesto de demanda entablada por el acreedor contra uno solo de los garantes personales. Antes del pago de la deuda garantizada, el juego de un hipotético derecho de regreso a ejercitar por alguno de los cofiadores contra los restantes para reclamar la parte de cada uno, carece de sentido.

Y no en razón, como piensa CAMPOGRANDE, de que si el regreso ha de tener por fundamento la gestión útil de los negocios, no cabe su existencia antes de que los intereses de los cofiadores hayan sido útilmente administrados (2), que reconduce la figura de manera innecesaria al campo de la *actio utilis negotiorum gestorum*, sino en base a la sencilla consideración de que si los cofiadores son deudores solidarios, cualquiera de ellos puede ser condenado por el todo y el derecho de regreso que les concierne, precisamente por su condición de obligados *in solidum*, sólo surge cuando semejante posibilidad del pago íntegro ha tenido realidad.

En el Derecho Civil español no puede haber duda de que el cofiador sólo cuenta con el derecho de regreso contra sus compañeros cuando ha efectuado el pago de la deuda asegurada, y no sólo porque el mismo carece de previsión alguna de semejante legitimación cautelar, sino incluso por argumento *a contrario*, ya que si, como luego se expondría, por expreso mandato legal («para que pueda tener lugar la disposición de este artículo») la posibilidad de reclamar en reintegro a los cofiadores queda circunscrita a los supuestos de pago efectuado «en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra» (art. 1.844), la simple circunstancia de que se haya entablado reclamación judicial contra uno de los cofiadores o de que el deudor principal sea insolvente, no faculta al garante del caso para obtener el reintegro previo, pues no cabría obtener fuera de la norma lo que ésta subordina, si se dan tales circunstancias, a un hecho previo e indeclinable: el pago del total de la deuda efectuado por uno de los fiadores.

Todavía contra los que gustan, con notoria confusión de conceptos, relacionar reintegro con subrogación y ver en el primero una simple manifestación de la segunda, cabría aducir una última argumentación (en el supuesto negado de que hiciera falta), consistente en el señalamiento de que mal cabe subrogarse en el ajeno derecho mediante el pago, precisamente cuando la satisfacción del mismo aún no ha tenido lugar. Como gráficamente escribiera CAMPOGRANDE, si se intenta fundar el regreso del cofiador sobre la subroga-

(1) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, págs. 290-291.

(2) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, págs. 543-545.

ción, la acción del mismo aparece privada de fundamento, «en cuanto no se ha producido todavía el único hecho que puede dar vida al subingresso, el pago» (3).

El pago efectuado por el cofiador que esgrime el regreso debe ser válido. La exigencia es obvia, ya que la razón práctica del reintegro descansa en el doble hecho de que uno solo de los cofiadores ha satisfecho la deuda íntegramente y de que los restantes han quedado liberados de su obligación frente al acreedor; por lo que si esta segunda circunstancia no se ha producido en razón de la invalidez del pago efectuado, resulta natural que no quepa actuar en regreso frente a los que no pagaron, habida cuenta que los mismos pueden perfectamente ser demandados todavía por el acreedor para que satisfagan el débito que permanece incólume. Pago válido, pues, en cuanto se precisa que «el débito haya quedado regularmente extinguido».

También, pago debido o necesario. El fiador que paga la deuda asegurada reemplaza al deudor principal en el acto solutorio, por lo que debe contemplarse su actuación bajo el mismo prisma que se contemple la de éste. ¿Podrá, en consecuencia, ejercitar el derecho de regreso frente a los cofiadores aquel garante que satisfizo una deuda cuyo pago podía evitarse?

La doctrina se ha mostrado y se muestra contraria a admitir el reembolso cuando el fiador ha realizado un pago que no era inevitable o imprescindible efectuar al existir circunstancias que permitían, definitiva o transitoriamente, obviarlo. En tal sentido, CAMPOGRANDE advertirá que no surge el derecho de regreso contra los cofiadores si el fiador ha pagado mientras el deudor no estaba todavía obligado a pagar o ha pagado sin advertir a dicho deudor, y éste, en la ignorancia del hecho, ha pagado también (4); y para FRAGALI el pago debe ser debido, y no lo es cuando podía haberse evitado en base a excepciones relativas a la obligación garantizada (5).

2. ¿Es correcto semejante planteamiento? La razón que subyace al mismo parece adecuada y suficiente: los cofiadores no tienen por qué participar en el reembolso de una deuda cuyo pago podía haberse evitado con sólo concurrir a las defensas que permitían al deudor principal eludir el reclamo del acreedor, en cuanto los fiadores no pueden obligarse a más que el deudor principal (art. 1.826 del Código Civil) y los que no pagaron no tienen por qué contribuir al pago que uno de ellos hizo temeraria, imprudente, temprana o innecesariamente. ¿Pero no podría intentarse otra vía?

Así como en el supuesto del pago nulo resulta admisible sin objeción que el fiador que pagó no pueda revolverse contra los otros garantes habida cuen-

(3) *Ibid.*, pág. 545.

(4) *Ibidem.*

(5) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato de credito», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1961, pág. 446.

ta que los mismos no han quedado liberados de su obligación fideiusoria, en el caso de pago no debido o no necesario, no cabe desconocer que, pese a esas notas, la *solutio* efectuada tiene plenos efectos extintivos y, por ende, los cofiadores han quedado relevados de su obligación de garantía. Que, como líneas arriba se decía, no quepa ignorar la circunstancia de que ha habido irreflexión o imprudencia del fiador que pagó a la hora de contemplar el reembolso por parte de los otros fiadores, no debe empañar, empero, el hecho de que ha tenido lugar un pago válido que produce todos los efectos que del mismo son propios, entre ellos el liberatorio del vínculo que afectaba a dichos garantes.

¿Qué criterio debe prevalecer? ¿Negar sin más al fiador que pagó de esa manera el derecho de regreso frente a los demás, o reconocérselo, aunque permitiendo a los otros fiadores la posibilidad de oponerle las excepciones que ostentaba el deudor principal y que él no supo o no quiso hacer valer? En los ordenamientos civiles, como el francés o el italiano, que callan al respecto, resulta explicable que los autores se inclinen por la tesis de negar al fiador que paga el derecho de regreso contra los demás cofiadores; mas ¿resulta también justificable dicha negativa?

Pienso que no. Aun prescindiendo de hipótesis insólitas, como lo que refiere CAMPOGRANDE de no advertir al deudor del pago y efectuar éste un segundo pago, que no se adivina qué relación puede guardar con el derecho de regreso entre los cofiadores, lo cierto es que es fuerte, muy fuerte, arrebatarse al pago válido del fiador la virtualidad de concederle el derecho de reembolsarse de los otros fiadores cuando los mismos han quedado libres de su obligación por mor de dicho pago. Claro que también resulta duro vincularles a un reintegro que no tendría por qué haberse producido si el fiador que adelantó el pago se hubiese valido de los recursos jurídicos que existían a su favor para evitarlo. ¿Qué criterio o interés debe prevalecer, en consecuencia?

Porque, los Códigos Civiles reconocen que «el fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que correspondan al deudor principal, salvo la derivada de la incapacidad» (art. 1.945 del *Codice Civile* italiano), o que «el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor» (art. 1.853 del Código Civil español); y, en consecuencia, parece entendible que si un concreto fiador ha hecho caso omiso de semejante resguardo y ha procedido a pagar, puedan los otros defenderse cuando les reclame el oportuno reembolso. ¿Hasta el punto de retirarle *in limine* el propio derecho de regreso? Demasiado fuerte parece esta última conclusión, que incluso, pienso, podría paliarse significativamente en aquellos ordenamientos que no contemplan *expressis verbis* el supuesto, a través del adecuado empleo extensivo de aquella posibilidad genérica de que el fiador se acoja a las excepciones que competan al deudor principal.

En nuestro sistema civil las cosas resultan mucho más sencillas y razonables, por cuanto contamos con una norma que plantea adecuadamente la situación. En efecto, a tenor del artículo 1.845 del Código Civil, resulta que cuando el fiador que pagó en las condiciones del anterior artículo acuda en regreso a sus cofiadores podrán éstos oponerle «las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor». Con lo que se consigue un tratamiento jurídico y un punto transaccional de los intereses en juego sumamente convenientes y equilibrado.

El fiador que pagó, pudiendo haberlo evitado mediante su acogida a las defensas que tenía el deudor principal frente al acreedor, no queda, empero, despojado de su derecho a pedir el reintegro por parte de los restantes garantes, ya que ha pagado válidamente y su acto solutorio ha dejado libres de la obligación fideiusoria a los mismos. Pero, en cuanto también resulta improcedente que éstos deban contribuir a una obligación cuyo pago podía haberse evitado perfectamente, queda a disposición de los cofiadores la posibilidad de que ante la reclamación en reintegro del *solvens* le opongan aquellas excepciones del deudor principal frente al acreedor que él pudo y no supo o no quiso esgrimir en su momento. Solución equitativa que no arrebata *de iure* el derecho de regreso al fiador que paga y, sin embargo, permite a los cofiadores eludir el reintegro acogiéndose a las excepciones que correspondían al deudor principal.

¿Pago total de la deuda garantizada mediante la cofianza? Desde luego que no, siendo suficiente con que el cofiador que paga haya satisfecho una parte del débito superior a la que le concierne; respecto a la parte pagada en exceso procederá el derecho de regreso contra los restantes garantes con el prorrateo correspondiente.

El acreedor puede reclamar a uno solo de los fiadores la totalidad de la deuda y éste, en cuanto deudor solidario, está sujeto a la satisfacción íntegra de la misma. Ahora bien, el acreedor puede también, en lugar de reclamar el todo, exigir a un fiador exactamente la cuota que en el reparto interno de la obligación fideiusoria o una porción superior a la misma, pero sin alcanzar el débito íntegro; pues bien, mientras en el primer caso, por obvias razones, el derecho de regreso no procederá, en el segundo tendrá plena legitimación en cuanto al exceso, sin que quepa entender, contra el parecer de FRAGALI, que el acreedor que acepta un pago de estas características está renunciando a la solidaridad, ya que parece lógico que la solidaridad se da lo mismo cuando dicho acreedor procede a reclamar el todo a uno solo de los cofiadores afectados que cuando demanda al mismo una cuota superior a la que le corresponde.

3. Bajo su peculiar e inexacta plataforma dogmática de la gestión de negocios ajenos, CAMPOGRANDE considera que el fiador administra útilmente

los negocios de los cofiadores también cuando extingue el débito sólo en parte y, en consecuencia, procede que el pago parcial dé lugar al derecho de regreso (6); previsión innecesaria, pues lo que no sirve en relación al pago total tampoco puede servir respecto al pago limitado, aparte de que, como ha hecho notar FRAGALI, no existe exigencia alguna de buscar para este último un punto de apoyo jurídico distinto del que opera para aquél, ya que la ley no contempla, entre los presupuestos del regreso, la exigencia de que la *solutio* sea integral (7).

El Código Civil francés en su artículo 2.033 (norma que reproduciría el art. 1.920 del Código Civil italiano de 1865), después de haber establecido el derecho de regreso a favor del fiador que pagó la deuda, dispone en su párrafo segundo que, empero, semejante «repetición no tiene lugar sino cuando el fiador haya pagado en uno de los casos enunciados en el artículo precedente». Y, a tenor de dicho precedente artículo, el fiador sólo puede proceder contra el deudor principal: 1) cuando sea demandado judicialmente para el pago, 2) cuando haya quebrado el deudor o haya cesado en los pagos, 3) cuando el deudor se haya obligado a relevarlo de la fianza dentro de un cierto tiempo, 4) cuando la deuda se haya vuelto exigible por el vencimiento del término por el que se había contraído, y 5) al cabo de diez años, si la obligación principal no tenía señalado término de vencimiento. El Código Civil italiano de 1942, por el contrario, prescindió de semejante limitación a la hora de contemplar el derecho de regreso contra los cofiadores de aquél de ellos que hubiera procedido a satisfacer la deuda afianzada.

Parte de la doctrina franco-italiana (DURANTON, PONSOT, CORSI, etc.) estimó que, pese a la expresa división legal, el derecho de regreso sólo procedía si el fiador había pagado en alguno de los supuestos signados en los números 1, 2 y 4 de la norma, mientras que no operaba en los casos de pago efectuado en los supuestos 3 y 5. Se aducía al respecto que en los primeros casos el derecho de regreso resultaba justificado por la inevitable exigibilidad del débito que había de sufrir el cofiador (*dies cedit et venit*), cosa que no ocurría en los segundos, pues en éstos, estando autorizado el fiador para actuar contra el deudor, no ya por el pago sino por encontrarse liberado de la fianza, no se encontraba en la condición de poder promover la acción de regreso, que se hace depender únicamente del previo pago del débito garantizado.

Semejante opinión contrariaba la clarísima declaración de CHABOT en su *Rapport au Tribunat*, en el sentido de que el derecho de regreso competía al fiador que pagaba en todos los casos contemplados en el artículo 2.032 del *Code*, aparte de que, como hizo notar CAMPOGRANDE, no existía razón sufi-

(6) CAMPOGRANDE, «Trattato...», *op. cit.*, pág. 545.

(7) FRAGALI, «Fideiussione...», *op. cit.*, págs. 446-447.

ciente alguna para pensar que el codificador había querido excluir del regreso los casos contemplados en los números 3 y 5 de dicho precepto, porque en los mismos el fiador que actuase con la acción de relevo no puede obtener ni la propia liberación de la garantía ni que el deudor pague el débito, por lo que puede encontrarse en la necesidad de pagarlo él mismo, y entonces el derecho de regreso contra los otros cofiadores se encuentra plenamente fundado (8).

Se establecía de esta manera una relación de correspondencia entre el derecho del fiador a proceder contra el deudor principal para ser indemnizado por él en los cinco supuestos referidos y el derecho de regreso del fiador a proceder contra sus cofiadores en los cinco mismos casos, con la única diferencia de que en la primera hipótesis el fiador podía actuar contra el deudor principal, «incluso antes de haber pagado» (art. 2.032), mientras en la segunda sólo se otorgaba el derecho de regreso contra los cogarantes al «fiador que haya pagado la deuda» (art. 2.033). Diferencia aparentemente razonable, ya que si bien cabe entender que en determinados supuestos el fiador pueda revolversse contra el deudor garantizado, aun sin haber pagado, resulta de más difícil justificación que ese mismo fiador intente el reintegro de los demás fiadores, incluso sin haber procedido previamente a satisfacer la deuda.

Que un fiador obtenga (o intente obtener) del deudor principal aquello que indefectiblemente se verá obligado a satisfacer en su momento y atañe al débito ajeno, es algo particularmente diferente de que un fiador obtenga (o intente obtener) de los cofiadores lo que todavía no ha satisfecho, habida cuenta que una solución de ese tipo sólo serviría para materializar en otros sujetos el daño que él prevé puede sufrir en su propio patrimonio. Es decir, en base al riesgo que corre un cofiador de poderse ver obligado a pagar el entero de la deuda, no cabe considerar la posibilidad de liberarle del mismo, produciendo *de facto* el mismo resultado, salvo que ahora ya efectivo y consumado, en los otros sujetos que se encuentran en idéntica situación jurídica de fiadores.

Por el contrario, cuando uno de los fiadores ha procedido ya a pagar la deuda garantizada tiene pleno sentido que no se plantee objeción alguna a la hora de contemplar su facultad de reclamar a los otros su participación en el pago efectuado, porque en tal caso la amenaza ya se ha materializado y resulta natural que llame a los restantes fiadores a sufragar *pro parte* las secuelas patrimonialmente adversas de la misma.

De esta manera, se explicaría, por tanto, el distinto planteamiento de los artículos 2.032 y 2.033 del *Code* y de los artículos 1.919 y 1.920 del *Codice* de 1865, en cuanto a las posibilidades de actuar el fiador frente al deudor principal y el fiador frente a los otros fiadores. Ahora bien, ¿bastaría esa sola

(8) CAMPOGRANDE, «Trattato...», *op. cit.*, págs. 547-548.

circunstancia para justificar la extensión al ámbito del derecho de regreso de los planteamientos propios del derecho de indemnización con que cuenta el fiador?

4. Sin perjuicio de que más adelante tengamos oportunidad de ahondar en esta materia, ahora tan sólo una reflexión elemental. Si el fiador que paga puede repetir del deudor principal tanto el capital como los intereses y gastos, así como los daños y perjuicios que haya sufrido (art. 2.028 del *Code*), se puede explicar que cuando el codificador contemple la posibilidad a favor del fiador de ser indemnizado por el deudor principal, «incluso antes de haber pagado», restrinja la misma a concretos y señalados casos (art. 2.032 del *Code*), tanto por evitar la contradicción como porque no resultaría natural y defendible que el garante personal de una obligación pudiese libre e irrestrictamente reintegrarse del deudor con antelación a haber satisfecho la deuda (¿para qué serviría la fianza entonces?). Ahora bien, la explicación no resulta tan sencilla y meridiana cuando, no obstante la exigencia lógica de que el derecho de regreso del cofiador esté subordinado al pago previamente efectuado por el mismo, se circunscribe su ejercicio a los mismos cinco supuestos contemplados en aquella segunda posibilidad (art. 2.033 del *Code*), porque no se advierte razón suficiente ni necesidad cumplida para semejante traslado mecánico de un régimen a otro.

El modelo franco-italiano reseñado no iba a tener proyección en España. En el Proyecto de Código Civil de 1851, su artículo 1.757 plasmará los cinco supuestos galos en que el fiador puede, aun antes de haber pagado, reclamar del deudor principal, con alguna pequeña matización (temor fundado de que el deudor sea declarado en quiebra o comience a disipar su fortuna, posibilidad de requerir al acreedor en el caso de vencimiento del plazo de la obligación asegurada, etc.), y el añadido de uno nuevo: «si hay temor de que (el deudor) se fugue o quiere dejar el Reino». Además, frente a la estricta posibilidad francesa de que el fiador pueda en dichas hipótesis «proceder contra el deudor, para ser indemnizado por él», el proyecto isabelino aumentará semejante prerrogativa a la de que el mismo puede «reclamar del deudor que le indemnice o releve de la fianza».

GARCÍA GOYENA explicará que mientras el artículo francés habla simplemente de «indemnizado», el correspondiente del Código Civil del cantón de Vaud se refiere a «indemnizado o puesto al abrigo», y que él se ha inclinado por este último, «porque puede tener lugar uno u otro según los casos» (9).

El cambio es significativo, ya que en virtud del mismo el fiador que se halle legitimado por afectarle alguno de los seis casos recogidos en el artículo 1.757 del Proyecto puede, aún antes de haber pagado, solicitar la corres-

(9) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 914.

pondiente indemnización del deudor o exigir a éste que le releve de la fianza, circunstancia la última que aumenta de manera sensible su capacidad de relación y defensa frente a aquellos eventos negativos, por más que, quizá, no tenga excesiva justificación si se piensa en los estrictos derechos y en la conveniencia del acreedor.

Pues bien, cuando el artículo 1.758 se enfrente a la regulación del derecho de regreso que el cofiador que ha pagado ostenta para «reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le quepa», en lugar de seguir el esquema franco-italiano de limitar el ejercicio de aquél a los cinco (en su caso, seis) casos contemplados en la relación fiador-deudor principal, restringe todavía más la operatividad de dicho mecanismo de reintegro al establecer que «para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago a virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor en estado de quiebra». El círculo restrictivo se cerraba todavía más en torno a un cofiador que había procedido a cancelar el total del débito garantizado.

¿Qué explicación se dará para semejante aportamiento que parecía venir excluido al acogerse los mismos presupuestos que en el Código Civil francés habían derivado hacia su traslado mimético al campo de las relaciones entre los cofiadores? GARCÍA GOYENA no es muy explícito ni convincente, pues se limita a indicar que ha preferido el artículo del Código Civil holandés, porque éste, bien analizado, debe quedar reducido a lo mismo (aunque nada diga de ese buen análisis que permite llegar a tan sorprendente resultado): «la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago no puede darle acción contra los otros, sino cuando el deudor principal se halla en estado de quiebra» (10).

El Código Civil español, con pequeñas variantes, seguiría estos mismos pasos. En su artículo 1.843 permite al fiador, aun antes de haber pagado, proceder contra el deudor en los cinco clásicos casos franceses, por lo que abandona ese sexto supuesto que adicionara GARCÍA GOYENA; y por lo que respecta a las posibilidades de actuación que en los mismos conciernen al fiador, por un lado abandona el recurso a obtener la indemnización por parte del deudor, que el Proyecto de 1851 había conservado y que no parece tener mayor sentido en los más importantes supuestos de reclamo, y por el otro aumenta el elenco de figuras al establecer que «en todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor».

A su vez, en el artículo 1.844, al sancionar a favor del cofiador que paga el derecho a «reclamar de cada uno de los otros la parte que le corresponda satisfacer», exige que «para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial, o

(10) *Ibid.*, pág. 916.

hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra». ¿Cómo ha recibido la doctrina española semejante constricción del campo en que el fiador que satisfizo la deuda puede desenvolverse contra los restantes cofiadores?

5. Lo primero que debe señalarse y advertirse es algo que la civilística de nuestro país ni siquiera se plantea, habida cuenta que para la mayoría de los autores la vigorosa fórmula del artículo 1.844 del Código Civil en pro de la vinculación solidaria de los varios fiadores conjuntos no les lleva a desistir de su apodíctica proclamación de que la afección jurídica de la pluralidad de fiadores es meramente mancomunada. Me refiero a los interrogantes que podría suscitar la circunstancia de que estando los cofiadores vinculados *in solidum*, el derecho de regreso, tan cardinal en la solidaridad pasiva (11), no operará de manera mecánica en todo supuesto de pago de la deuda por uno de ellos, sino tan sólo y restringidamente en dos únicos casos: cuando el pago haya tenido lugar en virtud de demanda judicial incoada contra el fiador y cuando el deudor principal se halle en estado de concurso o quiebra.

Es decir, podría pensarse que al limitar el ejercicio del derecho de regreso se está limitando también o aun excluyendo la propia solidaridad que se da entre los cofiadores. Pienso que no es así, pues lo estructuralmente exigible a efectos de predicar la solidaridad es que, caso de que uno de los deudores satisfaga la deuda, esté dotado, sin necesidad de tener que acudir a ningún otro recurso ajeno (mandato, sociedad, gestión de negocios, etc.), de una acción que le permita reembolsarse de los demás la parte que a cada uno afecta. Que semejante acción no se conceda *in genere*, tal como, por ejemplo, ocurre en el *Codice Civile* italiano de 1942, cuyo artículo 1.954 dispone que «el fiador que ha pagado tiene acción de repetición contra los otros fiadores por su respectiva porción», sino tan sólo en dos únicos supuestos, no supone desvirtuamiento de la genuina solidaridad, sino únicamente acotamiento del campo de actuación de la misma, ya que una cosa es que en ciertos casos no se conceda el derecho de regreso y otra que pueda negarse la condición de solidaria a una obligación plural que en otros supuestos permite el reintegro del deudor que pagó.

Lo contrario llevaría a posiciones insostenibles y paradójicas. En efecto, si se defendiera que la limitación apuntada impide la solidaridad de los cofiadores, y por tanto, impone la afección meramente parciaria de los mismos, habría que concluir de una de las dos maneras siguientes; o bien que nos hallamos en presencia, en todo caso, de una obligación mancomunada, incluso en los dos en que la ley permite al fiador que paga obtener el reintegro de los restantes, o bien que en dichos supuestos la obligación plural de los

(11) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, págs. 311 y sigs.

cofiadores es *in solidum*, mientras en los demás asume la configuración de *a pro rata*. La incoherencia de una y otra solución conduce de manera necesaria a tener que aceptar la tesis de que, en base a la particular normación del artículo 1.844 del Código Civil, no existe otra salida razonable que la de la vinculación solidaria de los varios fiadores en todo caso.

Con un argumento adicional que proporciona la propia letra del precepto cuando el mismo habla de que uno de esos dos solos casos en que puede el fiador que paga ejercitar el derecho de regreso es si «se haya hecho pago en virtud de demanda judicial». ¿Qué quiere decir realmente ello a efectos del punto de dilucidar la vinculación solidaria o no de los fiadores conjuntos? Pues, sencillamente, un significado reforzamiento de la tesis afirmativa, pues si para el fiador que pagó todo el ejercicio del derecho de reintegro está subordinado a la circunstancia de que la *solutio* haya tenido lugar en base a un proceso entablado contra él, ello patentiza sin duda alguna que en la relación plural en cuestión el acreedor está legitimado para reclamar a cualquiera de los varios sujetos pasivos la totalidad del débito, ya que mal cabría contemplar el efecto de la condena al todo si no se admite la causa de la reclamación del todo. Mas, si el acreedor puede demandar a uno de los varios fiadores el pago íntegro de la deuda asegurada, ¿cómo cabe desconocer la vinculación solidaria de los mismos? La solidaridad entre los cofiadores que rezuma el artículo 1.844 del Código Civil adquiere en esa última previsión legal toda su contundencia.

De nuestros civilistas quien con mayor detalle y lujo de argumentos se ha ocupado del punto en consideración ha sido MANRESA. Para el gran comentarista, el derecho que se concede al fiador para reintegrarse directamente de los cofiadores de lo que pagó por ellos, en vez de dirigir su reclamación contra el deudor, es un beneficio otorgado por la ley sólo en dos casos determinados, cuya justificación resulta evidenciada desde luego; «y esa limitación está debidamente aconsejada por una razón de prudencia que no puede desconocerse, cual es la de evitar que por la mera voluntad de uno de los cofiadores pueda hacerse surgir la acción de reintegro contra los demás en perjuicio de los mismos».

MANRESA considera que el perjuicio que con tal motivo puede inferirse a los cofiadores es bien notorio, ya que si el fiador que paga prescinde de la posibilidad de dirigirse contra el deudor principal al amparo del artículo 1.838 del Código Civil y reclama a los cofiadores en primer lugar el oportuno reintegro, «éstos no tendrán más remedio que satisfacer sus cuotas respectivas, repitiendo después por ellas contra el deudor, con la imposición de las molestias y gastos subsiguientes».

Por todo ello, le parece que no es aventurado asegurar que si el fiador que paga pudiera libremente utilizar uno u otro de dichos derechos, el de indemnización contra el deudor y el de reintegro contra los cofiadores, optaría

siempre por el segundo, puesto que muchas más garantías de solvencia y mucha más seguridad de cobro ha de encontrar en los fiadores que en el deudor; por lo que «en la práctica quedaría reducido el primero a la indemnización por el deudor a los cofiadores que hubieran hecho el reintegro, obligando a éstos, sin excepción alguna, a soportar siempre los gastos y las molestias». Para evitar dichos perjuicios, «la ley no ha podido menos de reducir el ejercicio de ese derecho a los casos en que absolutamente sea indispensable» (12).

También ALBALADEJO encuentra justificada la limitación legal, pues mediante ella, desde un punto de vista práctico, se evita que se haya pagado por oficiosidad o por malicia. La ley que no permite al cofiador que paga el todo reclamar a los otros la parte satisfecha por ellos cuando tal pago no se hizo en virtud de demanda judicial o en caso de concurso o quiebra del deudor, «no es injusta por ello, sino precavida, ya que nada le obliga a pagar la parte de los otros (ni en los demás casos, y ni siquiera en esos de demanda judicial o concurso o quiebra)» (13).

Contrariamente, para DELGADO ECHEVERRÍA, la delimitación de la acción de regreso a dos supuestos estrictos «es muy desafortunada», porque la protección de los cofiadores ante el pago arbitrario hecho por uno de ellos (que parece ser la razón que movió al legislador) se consigue a través de la opción de las correspondientes excepciones a la acción de regreso, no limitando ésta a los supuestos enunciados en la ley (14).

En parecidos términos, GUILARTE ZAPATERO estima que, sin un apoyo serio, el artículo 1.844 del Código Civil limita el ejercicio de la acción de regreso a los casos de «haberse hecho el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra», cuando hubiera sido más justo extender la posibilidad de la acción de regreso a todos los casos en que pudiera concluirse que el pago no fue debido a la voluntad exclusiva del fiador, quedando los restantes fiadores, por otra parte, protegidos por la facultad de alegar excepciones susceptibles de amparar su oposición al regreso cuando así resultara procedente. En base a ello, concluye GUILARTE que «en todo supuesto de cofianza no solidaria, aunque cese el beneficio de división, el pago total de la obligación excede de la cuota del cofiador que lo realiza, lo que también acontece en cualquier obligación solidaria, desde la perspectiva de las relaciones internas entre los deudores, pero con la diferencia, en el caso contemplado, de no poder el acreedor

(12) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por Rodríguez Arias Bustamante), Madrid, 1951, págs. 342-343.

(13) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Barcelona, 1982, pág. 446, n. 10.

(14) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, pág. 543.

reclamar el total de lo debido de alguno de los cofiadores o deudores subsidiarios» (15).

Como se observará, la materia gira en torno a la justificación que adornará al cofiador que paga el total de la deuda para reclamar de los otros garantes la parte que les corresponda. Semejante derecho de reintegro, ¿deberá ser libre o habrá de estar circunscrito a determinadas hipótesis? Y en este último supuesto, ¿las mismas en las que el fiador puede proceder contra el deudor principal aun antes de haber pagado o tan sólo dos de ellas, muy típicas y caracterizadas?

6. La primigenia fórmula franco-italiana, en el marco de una cofianza que estructuralmente vincula entre sí a los cofiadores de manera solidaria, se inclinó a favor de la limitación del derecho de reintegro del fiador que paga la deuda garantizada en su totalidad, circunstancia que, en principio, no parece tener mucho sentido, habida cuenta la vinculación solidaria de los garantes que debería propiciar el juego libre del derecho de reintegro entre ellos, cual ocurre en línea de principio en la solidaridad pasiva. LAURENT advertirá que cuando uno de los cofiadores paga en alguna de las circunstancias del artículo 2.032 del *Code*, no será factible obtener la indemnización oportuna del deudor principal, por lo que en tal caso los otros cofiadores tendrán el mayor interés en que el pago sea hecho, y precisamente en base a la razón del interés que los cofiadores tienen en el pago es por lo que deben soportar una parte de la deuda: «cuestión de equidad», sentenciará el civilista belga (16).

En el Derecho Civil español, el Proyecto de 1851, por más que conserva el modelo francés de cofianza solidaria, mantiene también y aun limita todavía más el campo de actuación del derecho de regreso del fiador que paga. GARCÍA GOYENA se olvidará, como hacían los civilistas franceses, del hecho de la solidaridad que afecta a los varios fiadores conjuntos de una misma obligación, y obsesionado por el hecho de que aquel de los cofiadores que espontáneamente asume el pago del total está colocando a sus compañeros en una situación incómoda y perjudicial, acabará también justificando la limitación, más en base a razones morales que a estrictas causas jurídicas: «la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago —escribe en tal sentido— no puede darle acción contra los otros, sino cuando el deudor principal se halla en estado de quiebra» (17).

Con posterioridad, las cosas todavía irán a peor. Si de acuerdo al sentir mayoritario de la doctrina española el Código Civil habría abandonado la

(15) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, págs. 261-262.

(16) LAURENT, *Principes de Droit Civil française*, XXVIII, Bruselas-París, 1878, pág. 271.

(17) GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», *op. cit.*, pág. 917.

tradicional fórmula latina de la vinculación solidaria de los cofiadores entre sí, procediendo a su sustitución por la simple afección mancomunada de los mismos, toda la regulación legal en el supuesto que nos ocupa se teñirá de extravagancia y paradaja. Primero, porque tratándose de obligación plural parciaria, hablar de derecho de reintegro del deudor que paga el todo carece por completo de sentido, ya que, *ex definitione*, estamos en presencia de deudas distintas e independientes que excluyen la existencia de dicho mecanismo, exclusivo de la afección solidaria (arts. 1.144 y 1.145 del Código Civil). Y segundo, porque todavía resulta más insólito que uno de los casos en que legalmente se contempla la posibilidad de ejercicio de semejante derecho sea precisamente aquél en que dicho pago se haya hecho «en virtud de demanda judicial», cuando por tratarse de una obligación mancomunada la pretensión del acreedor de cobrar la totalidad de la deuda de uno solo de los deudores debería ser rechazada *in lamine*.

Claro que siempre se podría alegar que acaso resulte menos insólito considerar que los varios fiadores son deudores parciarios y, sin embargo, cuentan entre sí con el derecho de regreso en ciertos y señalados casos que estimar que siendo deudores solidarios el ejercicio de dicho derecho no es irrestricto y libre. No soy de ese parecer, porque de la misma manera que la solidaridad permite sin mayor quebrantamiento la circunstancia de que el fiador demandado se acoja al beneficio de división, también puede admitir que la acción de regreso que le es propia circunscriba su campo de ejercicio a determinados casos, en base a la discutible consideración de que no hay por qué premiar la estricta voluntariedad de aquel fiador que decide pagar el todo, imponiendo a sus compañeros, como dice MANRESA, «las molestias y gastos consiguientes». O al menos eso resulta menos fuerte y menos lesivo dogmáticamente que admitir que tratándose de una obligación mancomunada, el deudor que paga en determinadas circunstancias aparece adornado del derecho a obtener reintegro de los otros deudores.

Realmente, no se acaba de entender cómo puede defenderse que si el cofiador (salvo que de manera expresa se haya obligado con carácter solidario) en ningún caso está sujeto a pagar la totalidad de la deuda, ni siquiera en los supuestos de demanda judicial y concurso o quiebra, resulta justa y precavida la ley al permitir al fiador que paga reintegrarse de los demás (ALBALADEJO), ya que si en ningún caso está obligado al todo, en ninguno tampoco puede contar, en una recta conformación conceptual de la situación, con el derecho de regreso.

Claro que todavía resulta más paradójico insistir en que la limitación del derecho de regreso a los dos únicos supuestos del artículo 1.844 del Código Civil es particularmente desafortunada, si al mismo tiempo se considera que la vinculación de los cofiadores es tan sólo mancomunada. Cuando DELGADO ECHEVERRÍA asevera que la protección de los cofiadores contra el pago arbi-

trario, hecho por uno de ellos, no debe intentarse limitando el ejercicio de la acción de regreso a los supuestos enunciados en la ley, o GUILARTE ZAPATERO afirma que la posibilidad de dicha acción debería haberse extendido a todos los casos en que pudiera concluirse que el pago no fue debido a la voluntad exclusiva del fiador, incurrir en una patente contradicción.

En efecto, es contradictorio sostener que los varios fiadores conjuntos son entre sí meros deudores mancomunados y al mismo tiempo considerar que la ley se equivoca cuando restringe el derecho de reintegro entre ellos a determinados casos, porque ello es tanto como criticar a la ley, no por el error cometido sino porque no se ha equivocado todavía más al no haber cumplido aquello que entraba en pugna con la naturaleza misma de la figura.

Es decir, lo que no cabe es sostener que, si otra cosa no se ha pactado, la cofianza no es entre nosotros solidaria (la llamada cofianza simple) y a la vez defender que si anómala y excepcionalmente la ley permite que en determinados supuestos el fiador que paga el todo puede reintegrarse de sus compañeros, tal limitación constituye un tratamiento inadecuado de la materia, porque lo que se está pidiendo en tal caso es que lo excepcional se transforme en ordinario y lo anómalo en normal. Si difícil resulta justificar que la mancomunidad subsiste no obstante el juego del derecho de regreso en supuestos estrictamente delimitados, ¿cómo defender la permanencia de la misma cuando dicho derecho jugase de manera prácticamente libre en todos o casi todos los casos en que uno de los cofiadores pagase la totalidad del débito?

7. No habría forma de defender la condición mancomunada de una obligación plural en la que casi de manera irrestricta los deudores gozasen entre sí del derecho de reintegro, tal como ocurre en la solidaridad; por lo que, en definitiva, se acabaría recibiendo por la ventana lo que antes se había expulsado por la puerta. Sea como fuere, lo cierto es que a tenor del párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil, el fiador que paga la totalidad de la deuda sólo puede dirigirse en reintegro contra sus cofiadores en los casos en que se haya hecho el pago «en virtud de demanda judicial» y el deudor principal se halle «en estado de concurso o quiebra», precisamente los dos mismos supuestos en que el artículo anterior permite al fiador, aparte de en tres hipótesis más, proceder contra el deudor principal, aun antes de haber pagado.

En el primero de ellos, el cofiador no paga voluntariamente, sino constreñido por virtud de la demanda judicial contra él introducida por el acreedor. ¿Es suficiente argumento para justificar el derecho de regreso a su favor, si se parte de la idea general de que los cofiadores no disfrutaban entre sí de dicha prerrogativa? Aparte de que no se acierte a explicar de manera suficiente cómo cabe demandar y condenar a un deudor a satisfacer la totalidad de la deuda si no es deudor solidario (tal como sostiene la mayoría doctrinal española en torno a los cofiadores), la hipótesis es tan artificiosa y precaria que,

por ejemplo, a MANRESA no se le ocurre otra justificación que la de que «el pago por el fiador no depende en él de la voluntad de éste, sino que se ve *constreñido* u obligado a hacerlo para no incurrir en las responsabilidades por costas, que en otro caso serían de cargo suyo por haber dado ocasión a ellas» (18). O sea, que, *ultima ratio*, el derecho de regreso se le otorga al fiador demandado para que pueda eludir la condena en costas; curiosa y sorprendente explicación.

El segundo no resulta menos problemático. Si el deudor principal se halla en estado de concurso o quiebra, los fiadores no pueden acogerse al beneficio de excusión (art. 1.831 del Código Civil), y, en consecuencia, se afirma, resulta justificadísimo que el fiador se apresure a satisfacer el débito, toda vez que cuanto más demore la reclamación, mayores serán las responsabilidades que pueda exigir el acreedor por razón de intereses o por otros conceptos, y «como esas responsabilidades han de recaer sobre el fiador o los fiadores sin que éstos puedan impedirlo por no darse lugar al beneficio citado —escribe el mismo MANRESA—, por eso la ley no podía menos de autorizar a cualquiera de ellos para anticipar el pago en beneficio de todos para librarse de dicha carga» (19).

Es decir, como no hay beneficio de excusión (¿qué tendrá que ver semejante beneficio a efectos del ejercicio del derecho de regreso?), resulta lógico que cualquiera de los cofiadores se apresure a satisfacer toda la deuda para evitar el aumento de «las responsabilidades que pueda exigir el acreedor por razón de intereses o de otros conceptos» (*sic*), y ante tan meritoria, solícita y responsable predisposición del cofiador que sale al paso y paga por todos, la ley le premia y le permite solicitar el reintegro *pro quota*.

Tampoco aquí se explica satisfactoriamente por qué un acreedor al que sólo se le debe una parte recibe el todo y por qué no podría ese cofiador, preocupado por las secuelas de la demora en el pago, evitarlas acogiéndose, en su momento, al beneficio de división, pero, sobre todo, resulta absolutamente increíble que la justificación dogmática del derecho de regreso del fiador que paga puede apoyarse en tan endebles cimientos, y es por completo infantil que la ley pueda jugar tan arbitraria e irreflexivamente con los recursos propios de la solidaridad.

Considerar que aunque los cofiadores estén vinculados entre sí, por mandato legal no imperativo, de manera mancomunada, existen dos casos, los que se acaban de comentar, en los que si uno de ellos paga el todo, goza del derecho de reintegro frente a los demás, es tan difícil de entender y justificar que los propios autores que defienden con tesón aquella configuración de la

(18) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 344.

(19) *Ibid.*, págs. 344-345.

fianza conjunta no pueden por menos que propiciar la extensión de dichos supuestos. Ante la escasa justificación de los mismos, ¿por qué no incluir también otros que no tienen menos méritos que los legalmente contemplados?

Ya hemos dicho que tal es el parecer de GUILARTE ZAPATERO cuando afirma que «parece hubiera sido más justo extender la posibilidad de la acción de regreso a todos los casos en los que pudiera concluirse que el pago no fue debido a la voluntad exclusiva del fiador» (20); o el de DELGADO ECHEVERRÍA cuando advierte que «la delimitación es muy desafortunada», e, incluso, que «también podría intentarse una interpretación correctora del artículo 1.844-3, atendiendo a su espíritu y finalidad» (21). Pero ha sido MANZANARES SECADES, civilista particularmente severo en la defensa de la tesis de que en nuestro Código Civil juega «el principio de división de derecho de la deuda entre los distintos cofiadores», quien mejor ha denunciado la estrechez e insuficiencia de los dos supuestos legalmente pautados.

Así, aduce que hay casos que aunque no encajan en el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil no puede decirse que el fiador pague voluntariamente o por malicia; como cuando el fiador es requerido de pago extrajudicialmente, pero en forma terminante y bajo conminación de demanda; o como cuando (caso que también explicita GUILARTE) el acreedor requiere de pago a un cofiador, si existe renuncia al beneficio de excusión y el deudor principal es conocidamente insolvente.

Y, a la inversa, hay casos en los que, por más que se den las circunstancias del artículo 1.844, no se cumple exactamente el espíritu de la norma. Por ejemplo, cuando el fiador paga la totalidad de la deuda en virtud de demanda judicial, caben dos posibilidades: que la demanda fuera sólo por la cuota del fiador y, sin embargo éste ha pagado la totalidad de la deuda, supuesto de pago voluntario en el que no parece lógico concederle la acción de regreso; o que la demanda fuera por toda la deuda, y el fiador ha pagado la totalidad, caso en el que tampoco resulta procedente semejante concesión porque a dicho fiador no le correspondía pagar más que su parte viril, por lo que pudo haber excepcionado al acreedor en tal sentido. Si se alegare que los cofiadores podrán, en vía de regreso, oponerle esa misma excepción, MANZANARES SECADES contesta, con buen sentido, que «si ello es así, no se entiende entonces por qué no se admite la acción de regreso en otros casos que no sean los del artículo 1844.3.º, con la posibilidad para los cofiadores de oponer a quien les reclama en vía de regreso las excepciones pertinentes» (22).

(20) GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios...», XXIII, *op. cit.*, pág. 261.

(21) DELGADO ECHEVERRÍA, «Elementos de Derecho Civil de Lacruz», II-3, *op. cit.*, pág. 543.

(22) MANZANARES SECADES, «La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, págs. 781-782.

8. Son algunas de las contradicciones a que inexorablemente conduce el equivocado y gratuito punto de partida de la vinculación mancomunada de los cofiadores en nuestro Derecho. El cofiador parciario, en principio, no puede ser compelido a pagar el débito entero, pero como resulta que la ley le concede el derecho de regreso en dos hipótesis concretas de pago total, hay que recurrir a explicaciones extrañas y hasta extravagantes para mantener la ficción de que seguimos en el campo de la mancomunidad, por más que se trate de una insólita mancomunidad, al estar vetuada de solidaridad en virtud del juego del derecho del regreso.

En tal sentido, se aduce que semejante derecho no puede concederse a aquel cofiador que realice el pago de manera voluntaria, llevado por su estricta determinación o movido por el torcido deseo de perjudicar a sus compañeros. Como decía GARCÍA GOYENA, «la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago no puede darle acción contra los otros», sin que se acierte a adivinar en virtud de qué secreto artilugio las cosas no ocurren de esa manera en dos supuestos específicos (demanda y concurso o quiebra) en los que el fiador «hubiera sido constreñido u obligado a hacer el pago» (MANRESA).

Que el pago del cofiador sea voluntario u obligado, aparte de que no se vislumbra como alguien puede verse forzado al pago total de la deuda si es deudor mancomunado, poco o nada tiene que ver con la existencia o no del derecho de regreso a su favor en el caso de que efectúe aquél. Dogmáticamente no hay más que un camino correcto: o la obligación de los cofiadores es una obligación parciaria, en cuyo caso no cabe contemplar el derecho de regreso, o se trata de una obligación solidaria, y entonces hay que partir precisamente de la existencia de dicho recurso a favor de cada uno de los garantes.

Si el Código Civil, aunque sea en supuestos concretos, reconoce al cofiador que paga el todo derecho a reintegrarse *pro parte* de los otros cofiadores, ello es un signo inequívoco de solidaridad, o, si se prefiere, la circunstancia de que un codeudor que paga el entero pueda revolverse contra sus codeudores es manifestación clara de que estamos fuera de la mancomunidad. Querer remediar el entuerto acudiendo a nociones como las de «pago voluntario», «pago arbitrario» o «pago malicioso» para denegar la posibilidad de ejercicio del derecho de regreso, no es más que un inofensivo subterfugio, ya que cuando el mismo existe, por tratarse de obligación solidaria, opera tanto en el pago espontáneo como en el pago constreñido, y cuando no existe, por tratarse de obligación mancomunada, no tiene lugar lo mismo cuando el deudor paga *motu proprio* que cuando lo hace a impulso de una fuerza compulsiva y legítima exterior.

9. Claro que si resulta ilógico que si se está en presencia de una obligación mancomunada, según piensa la mayor parte de la civilística española en el supuesto de la cofianza, pueda entrar en acción el derecho de regreso

en base a una circunstancia tan extravagante como el constreñimiento en el pago, tampoco es del todo lógico que tratándose de una obligación solidaria, el aludido derecho quede circunscrito a dos únicos y exclusivos supuestos, por más que, como antes se ha dicho, no vulnere intrínsecamente la solidaridad el hecho de que la ley restrinja el campo de la acción de reintegro, como no le excluye tampoco la situación de que ante el reclamo del todo por el acreedor puedan los cofiadores, si lo desean, acogerse al juego protector del *beneficium divisionis*.

Por ello, desde nuestra óptica, resulta del todo razonable plantearse el porqué debe circunscribirse a esos dos supuestos la operatividad del derecho de recurso y no operar, como sería natural, habida cuenta que estamos en el ámbito de la vinculación solidaria, en todo caso en que uno de los cofiadores, voluntaria o forzosamente, animado del mejor de los propósitos o movido por los más torcidos designios, procede a satisfacer íntegramente la deuda asegurada.

MANRESA fue enfático al respecto. Fuera de los casos señalados, el fiador que paga la totalidad de la deuda, como lo hace voluntariamente y con renuncia por su parte del beneficio de división, carecerá en absoluto de acción para reclamar de los fiadores la parte que satisfizo por ellos o la participación con que debían contribuir al cumplimiento de la obligación de fianza (23). Parecer que suscribe literalmente MUCIUS SCAEVOLA, al aseverar que «únicamente por alguno de aquellos tres casos del mismo (art. 1.844) puede el fiador que pagó reclamar a cada cofiador su parte respectiva», e intentar reforzar los endebles argumentos de aquél para oponerse a cualquier posible extensión del derecho de regreso mediante el no menos problemático argumento de que en términos generales «quien paga deudas, las paga por el deudor, no por los fiadores de éste, aunque de tal modo ellos se vean liberados de la eventualidad o posible obligación de pagarlas» (24).

El planteamiento es en extremo escabroso. Excluir la presencia del derecho de regreso en cualquier supuesto (fuera de los dos legalmente contemplados de manera expresa) de pago por un cofiador de la totalidad de la deuda garantizada, en base a las razones de que dicho pago se ha hecho voluntariamente y con renuncia al beneficio de división, es, por lo menos, chocante y paradójico. Y es que, aunque no vamos a repetir la insuficiencia del apoyo que pretende encontrarse en la voluntariedad del pago a los efectos que nos ocupan, la supuesta renuncia al beneficio de división que dicho pago total supondría sirve para demostrar... ¡exactamente lo contrario!

En efecto, si cuando un cofiador paga la deuda por entero debe entenderse que ha renunciado al beneficio de división que la ley le reconoce, hay que concluir, si se quiere ser lógicos, que ese cofiador se halla vinculado de

(23) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 345.

(24) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953, págs. 658-659.

manera solidaria, ya que si lo estuviera en forma mancomunada, ¿para qué necesitaría del beneficio divisorio? Y si su vinculación es solidaria, ¿cómo se le puede arrebatar graciosamente el derecho de regreso fuera de los dos casos en que la ley se lo reconoce? En realidad, en este punto, resulta prisionero y se ve obligado a pagar el tributo de la patente contradicción, que en su momento denunciamos, de considerar que «la obligación de los cofiadores no es solidaria» y al mismo tiempo que en nuestro Derecho los cofiadores cuentan con el genuino y tradicional beneficio de división (25), algo que supone intrínseca e insalvable incongruencia.

No menos extraño resulta el supuesto refuerzo que MUCIUS quiere aportar a la argumentación de MANRESA a la hora de negar la extensión del derecho de regreso entre los cofiadores: el cofiador que paga el todo lo paga por el deudor, no por los otros garantes. Pero al tener que reconocer que, no obstante, éstos se ven «liberados de la eventualidad o posible obligación de pagarlas», arruina lo anterior, pues parece obvio que el fiador que pagó también lo hizo por los demás, y si éstos han quedado liberados de la obligación que les sujetaba en conjunto, habida cuenta que al existir una sola deuda internamente estaban afectados *pro parte*, no se alcanza a ver cómo puede detenerse la presencia normal y obligada del derecho de regreso a favor del garante que pagó el todo.

También para SANTAMARÍA la exclusión del derecho de regreso a favor del cofiador que satisface la deuda entera fuera de los dos casos contemplados en el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil se hallaría justificada porque en cualquier otro supuesto estaríamos ante «un pago oficioso, y el que pagó sólo tendría las acciones ordinarias del que paga por otro», esto es, los recursos de los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 del Código Civil (26). Aparte de que no se entiende bien qué es eso de «pago oficioso», categoría de pago sin reflejo legal, el planteamiento encierra la peculiar tesis de que ante un supuesto igual (pago de toda la deuda por un cofiador) el régimen jurídico aplicable sea distinto, ya que en unos casos operaría el derecho de reintegro y en otros el dispositivo configurado por los artículos reseñados. Es decir, como si *ubi eadem ratio...*, pero exactamente al revés: cuando se aprecie «identidad de razón», procederá la aplicación analógica de las normas (art. 4.º, 1 del Código Civil); en cambio, cuando exista la «misma razón», deberá aplicarse una norma diferente (*ibi non eadem decisio*).

En base a lo expuesto, no debe extrañar que GUILARTE ZAPATERO encuentre poco convincentes ambas soluciones. La de MANRESA, porque parece injusto y contrario a la propia naturaleza de la cofianza otorga al cofiador, que cuando paga actúa en beneficio de todos, la sola posibilidad de dirigirse por vía

(25) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 286.

(26) SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, pág. 870.

de subrogación contra el deudor principal; y la de SANTAMARÍA, aplicando sin más el contenido de los artículos 1.158 ó 1.159, porque el artículo 1.844 es tajante y porque, evidentemente, no es lo mismo pagar por un deudor principal, a quien se libera de la deuda en vía directa, que por un fiador, a quien sólo se libera de su obligación subsidiaria y, hasta cierto punto, eventual.

Tras la crítica, fundada y seria, GUILARTE ZAPATERO da un paso más. En su opinión, el Código Civil, al sancionar el regreso del cofiador, que pagó en los términos en que lo hace, ni ha ofrecido una solución armónica con la situación de los cofiadores en todo caso, ni ha ponderado acertadamente los intereses en juego, ya que si el precepto protege el interés de los cofiadores, evitando que la acción de regreso entre ellos quede al arbitrio del pago arbitrario o caprichoso de uno, es preciso advertir que ha sido a costa de una fórmula que olvida, en ciertos casos, el interés de éste, carente de protección.

Si se convino el carácter solidario de la cofianza, obviamente el cofiador requerido de pago se verá obligado a satisfacer la totalidad de la deuda, y con la extinción de la misma, no sólo ha actuado en beneficio de todos realizando el cumplimiento, sino también al evitar costos y gastos que la demanda hubiera ocasionado; en tal caso, la aplicación del artículo 1.145, independientemente de lo dispuesto por el 1.844, parece incuestionable. Menos clara le parece, en cambio, la solución cuando el cofiador pagó la totalidad de la obligación en las circunstancias señaladas, aunque sin haberse constituido la cofianza solidariamente, por más que «no puede dudarse que el pago extingue la obligación de los restantes cofiadores, ya la asumieran, respecto del deudor principal, en el mismo plano o con carácter subsidiario» (27).

El análisis es certero, pero no puede conducir al objetivo adecuado en cuanto GUILARTE parte *a priori* de que «los cofiadores garantizan mancomunadamente la deuda principal», y, en consecuencia, no puede reconocer genéricamente a los mismos el derecho de regreso, al ser éste propio de la solidaridad. Dice que proteger a los cofiadores del pago arbitrario o caprichoso hecho por uno de ellos puede resultar conveniente, pero también lo es proteger a ese mismo fiador que pagó la totalidad de la deuda.

10. Y ahí está la clave de la cuestión. ¿Qué interés es de más razonable protección, el de los que no pagaron o el del que pagó? La respuesta parece obvia, habida cuenta que los primeros han quedado liberados de una obligación que hasta ese momento les afectaba sin participación pecuniaria alguna, y el segundo ha procurado semejante efecto mediante la erogación patrimonial que sufre al realizar el pago. Puestos en la balanza ambos intereses, preferir el de los fiadores que no pagaron frente al del fiador que pagó sería tanto como anteponer, contra lo que manda los requerimientos más

(27) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 916.

elementales de la equidad, el *certat de lucro captando* al *certat de damno vitando*.

Pero la situación se complica todavía más si resulta que en algún caso ese cofiador que paga sí puede ocurrir en regreso frente a los demás, porque entonces sucede que si se dan determinados supuestos (demanda judicial, concurso o quiebra del deudor principal), cabe el reembolso, mientras que en los demás habrá que ensayar vías extrañas y tortuosas para intentar la recomposición económica del fiador que pagó, en cuanto se le niega el juego mecánico a su favor del derecho de regreso y por más que nos hallemos ante casos en los que se aprecia, por lo menos, la misma justificación que se da en los legalmente contemplados. Para intentar alguna suerte de explicación se recurre en tales supuestos a la idea del pago voluntario, caprichoso, arbitrario o malicioso, que ninguna ayuda sustancial puede procurar para salir del atolladero.

La situación sigue siendo clara y meridiana. Si los cofiadores son deudores mancomunados, el derecho de regreso no debe jugar entre ellos, y los casos del artículo 1.844 del Código Civil relativos al mismo son inadecuados y anómalos; en cambio, si los cofiadores son deudores solidarios, dichos casos resultan plenamente justificados, pero entonces no se entiende por qué la acción de reintegro del fiador que pagó debe quedar reducido a ellos, en cuanto no existe ninguna razón suficiente para justificar semejante limitación.

Por otra parte, la solución de nuestro Código Civil sería doblemente arbitraria, porque si ya lo es en los Códigos que vinculan solidariamente entre sí a los cofiadores a restringir el derecho de regreso de los mismos a ciertos supuestos, lo es todavía más que un Código Civil que consagraría, supuestamente, la afección mancomunada de los cofiadores reserve a éstos, empero, en alguna hipótesis el uso del recurso reintegratorio. Mal que la solidaridad sufra la limitación, pero todavía peor que la mancomunidad conozca el ejercicio, aunque limitado, de recursos que son propios de la especie obligatoria contrapuesta.

La prueba más palmaria la tenemos en lo que ha ocurrido en la evolución legislativa de los países latinos. Comienza el artículo 2.033 del *Code Civil* francés circunscribiendo el derecho de regreso a los cinco casos en que según el artículo 2.032, el fiador puede proceder contra el deudor principal, aún antes de haber pagado (sin que jamás la doctrina haya acertado a explicar satisfactoriamente tan peculiar traslado); continúa después el *Codice Civile* italiano de 1865 consagrando la misma poco rigurosa fórmula en su artículo 1.920, que remite a los mismos cinco supuestos del artículo 1.919. Pues bien, el Código Civil italiano de 1942, constatada por la doctrina la improcedencia de la formulación tradicional y separando lo que nunca debió ponerse en relación, dispone de manera genérica e indiscriminada que el cofiador que paga la deuda entera tiene derecho al reintegro de los demás en todo caso, al establecer en su artículo 1.954 que «si varias personas han prestado fianza

por un mismo deudor y por una misma deuda, el fiador que ha pagado tiene acción de repetición contra los otros fiadores por su respectiva porción».

Nada, pues, de pago hecho en virtud de demanda judicial o estando el deudor principal en estado de concurso o quiebra, que no se alcanza a ver por qué ha de ser objeto de trato privilegiado; nada de pago voluntario o caprichoso, que tampoco se entiende por qué ha de ser tratado de manera adversa. Sino el escueto y solo hecho de que uno de los cofiadores ha procedido a pagar el débito en su totalidad; tal circunstancia determina de manera mecánica y sin diferenciación de supuestos que el *solvens* pueda reintegrarse cumplidamente de los que no pagaron. Claro que en el Derecho italiano esta solución, racional y ajustada, se facilita sobremanera al proclamar de manera tajante el artículo 1.946 del *Codice* que, salvo que se haya pactado el beneficio de división, cada uno de los cofiadores está obligado «por la deuda entera».

11. Lamentarse, al modo de GUILARTE ZAPATERO, de que cuando se ha convenido el carácter solidario de la cofianza la aplicación del artículo 1.145 del Código Civil resulta incuestionable, mientras que menos clara se ofrece la solución cuando el cofiador paga la totalidad de la deuda sin haberse constituido la cofianza solidariamente, es un lamento inútil, porque prescinde del único factor que podría brindar adecuada solución al problema. GUILARTE se aparta *in radice* de la solidaridad en el punto de partida para luego acercarse a ella en el de arribada, pero sin atreverse a dar el paso final, por más que reconozca lo inconsecuente e injusto de no aplicar las consecuencias pactadas para la *obligatio in solidum*.

Cofiador que paga el todo, en cuanto beneficia y libera de la deuda, de la misma deuda, a los otros cofiadores, debe ostentar el derecho de poderse reintegrar de éstos. Si se ha pactado la solidaridad, desde luego; y si no también, porque se trata de una obligación conjunta que por su propia sustancia, sentido y finalidad debe entrañar la afección solidaria y el juego de los mecanismos propios de ésta. Obsérvese que si se sostiene la vinculación mancomunada, el uso del derecho de regreso resulta extraño, no sólo porque el mismo queda excluido del ámbito de la obligación parciaria, sino, de manera fundamental, porque el cofiador que pagó no satisfizo la deuda entera (algo que no existe en base al art. 1.137 del Código Civil), sino la deuda propia y las deudas de los otros cofiadores; lo que explica que no puede cobijarse bajo el manto de la acción de regreso que emana de la unidad de la deuda y de su reparto interno en la esfera de la solidaridad.

Esto que dicta la *ratio iuris* y que lleva a algún autor a plantearse la posibilidad de una interpretación correctora del párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil, «atendiendo a su espíritu y finalidad» (28), puede

(28) DELGADO ECHEVERRÍA, «Elementos de Derecho Civil de Lacruz», II-3, *op. cit.*, pág. 543.

suplirse, según pensamos, en nuestro ordenamiento civil sin mayores dificultades, ya que a la vista del referido precepto, prescindiendo incluso de las múltiples e importantes ayudas colaterales que se pueden invocar, difícilmente cabe otra solución razonable que la de considerar que también entre nosotros los varios fiadores conjuntos «de un mismo deudor y por una misma deuda» son deudores solidarios entre sí.

En efecto, si en virtud del artículo 1.844 del Código Civil, el cofiador que paga «puede reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer»; algo que refleja en lógica elemental que si uno de los garantes paga la totalidad es porque el acreedor le puede reclamar dicha totalidad. Si en tal supuesto, resultando insolvente alguno de los fiadores, «la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción»; circunstancia que sólo se da en la estricta esfera de la solidaridad (art. 1.145 del Código Civil). Y si todo ello resulta así con prescindencia de cualquier convención de vinculación solidaria, en cuanto la propia ley lo dispone de manera directa y mecánica. ¿Qué es lo que impide, dificulta o desaconseja, proclamar que también en nuestro Derecho Civil cuando varias personas garantizan conjuntamente el cumplimiento de la misma obligación se están afectando entre sí de manera solidaria?

A no ser que toda esta evidencia se quiera oscurecer en base a la anodina y distorsionante circunstancia de que el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil parece limitar el ejercicio del derecho de regreso a los casos en que el fiador haya hecho el pago bajo el «constreñimiento» de la demanda judicial contra él intentada o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra. Intento baldío, porque, aunque así fuera, la presencia de tres supuestos de posibilidad de reembolso sería suficiente para sostener la solidaridad entre los cofiadores, por más que limitada o restringida. Pero, sobre todo, porque, según pensamos, ha quedado explicitado de manera suficiente, semejante limitación está ayuna de toda lógica y justificación, como llegan a reconocer incluso los que no ven en el *status* de los cofiadores más que una mera afección de signo mancomunado.

12. Lo razonable parece ser, en consecuencia, que se considere que en el Derecho español la cofianza es solidaria sin necesidad de pacto expreso al respecto y, al mismo tiempo, que la racionalidad misma de la figura y los objetivos jurídicos que por su través se alcanzan deben conducir a una interpretación tan amplia y generosa del párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil que permita prácticamente extender la posibilidad de ejercicio del derecho de regreso por parte del cofiador que pagó el *totum* a todo supuesto. Si esta conclusión resultare exagerada, siempre cabrá, con unos efectos prácticos casi similares, la extensión analógica de la norma en cuestión a todo otro supuesto, fuera de los por ella contemplados *expressis verbis*, en el que se aprecie «identidad de razón» con ellos, habida cuenta que hoy no se

plantea mayor cuestión respecto a la aplicación analógica de las normas excepcionales, tal como cumplidamente ha señalado BETTI al resaltar «el carácter de relatividad lógica y de condicionalidad histórica de la calificación de “excepcional”» (29).

Lo curioso es que en este campo, frente a las ambigüedades, indecisiones y reticencias de la doctrina, el Tribunal Supremo ha dado un significativo paso en el sentido de facilitar y ampliar el derecho de regreso del cofiador que paga la deuda entera fuera del estrecho e injustificado marco del artículo 1844.3.º del Código Civil, circunstancia que merece resaltarse sobre todo porque no es frecuente que nuestra jurisprudencia se aventure en campos no hollados antes por la planta de la dogmática, quizá respondiendo a la prudente prescripción de RENÉ DAVID de que «si la doctrina quiere cumplir una función esencial que le está asignada ha de servir de orientación y guía a la jurisprudencia en el desarrollo y perfeccionamiento del Derecho» (30).

En la sentencia de 19 de noviembre de 1982 se declara la procedencia del regreso del cofiador que satisfizo la totalidad de la deuda frente a los restantes, aunque el pago no fue procedido de demanda ni se había declarado el concurso o quiebra del deudor principal. Tras aludir a los antecedentes romanos y de nuestro Derecho histórico, en los que no existía posibilidad de reclamar el reintegro por parte del cofiador que pagaba salvo que obtuviera del acreedor satisfecho la subrogación en sus derechos, la sentencia señala que, de conformidad con el artículo 3.º del Código Civil, en la interpretación de las normas ha de atenderse a su espíritu y finalidad, y concluye que la motivación de la norma contenida en el párrafo tercero del artículo 1.844 *eiusdem* es la de establecer «una limitación no del derecho de cofiador que paga, sino de su forma de ejercicio, en el sentido de que sólo un abono justificado del crédito al acreedor puede legitimar su acción de reintegro contra los cofiadores y evitar así los perjuicios consiguientes a una conducta solutoria del cofiador infundada, unilateral o caprichosa, o en el peor de los casos, maliciosa». Por lo que estima que el requerimiento de pago efectuado al fiador, primero por la acreedora y luego por su abogado, supone «una conminación que, evidentemente, elimina toda idea de capricho o voluntad unilateral, ante su advertencia de verse demandado y que justificaba su acción de reintegro».

Y en la sentencia de 1 de julio de 1988 se insiste en la misma línea aperturista de la prescripción legal de restringir el derecho de regreso a los supuestos de demanda judicial y de concurso o quiebra del deudor. Advierte, al efecto, que si la exigencia sancionada en el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil tiene por finalidad evitar a los otros cofiadores los

(29) BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975, pág. 171.

(30) DAVID, *Tratado de Derecho Civil comparado*, Madrid, 1953, pág. 130.

perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o maliciosa, por parte del algún fiador que paga, semejante exigencia aparece suficientemente cumplida al estimarse probado en las sentencias de instancia que el fiador pagó vencida la deuda, «después de haber sido requerido notarialmente al efecto por la entidad acreedora, al igual que los otros diez cofiadores, y de tener conocimiento de que aquélla tenía preparada la necesaria documentación para formular la oportuna demanda si ninguno de los once fiadores solidarios atendía el requerimiento notarial de pago». Como se ve, pues, aunque centrada en la cofianza solidaria y en la improcedencia del pago arbitrario o caprichoso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado un significativo impulso a la expansión del derecho de regreso entre los cofiadores.

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

Perspectiva histórico-jurídica de una contribución impositiva: del Catastro al IBI (siglos XVIII-XXI)

SUMARIO: I. LOS ORÍGENES DE LA CONTRIBUCIÓN CATASTRAL.—II. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL URBANA (CTU).—III. CONSIDERACIONES GENÉRICAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CTU.—IV. LOS VALORES CATASTRALES Y SU FIJACIÓN EN LA CTU.—V. LA CTU EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES VIGENTES EN MATERIA DE RÉGIMEN LOCAL DE 1986.—VI. LA LEY 39/1988, DE 28 DE DICIEMBRE, REGULADORA DE LAS HACIENDAS LOCALES (LRHL).—VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA LEY 48/ 2002, DE 23 DE DICIEMBRE, DEL CATASTRO INMOBILIARIO.

I. LOS ORÍGENES DE LA CONTRIBUCIÓN CATASTRAL

1. El estudio de la evolución histórica y jurídica de una figura impositiva como es el actual IBI, antes CTUrbana y CTRústica, antes Catastro, es una tarea que aúna necesariamente una perspectiva jurídica en cuanto a la interpretación y una perspectiva histórica en cuanto a su comprensión e inclusión en un marco de valoración global.

No se trata, pues, de realizar un seguimiento de figuras similares más o menos próximas a la del Catastro, y que se sitúan en época medieval (1). E incluso podíamos remontarnos a épocas más antiguas, por ejemplo, la ro-

(1) Vid., por ejemplo, MANUEL GARZÓN PAREJA, *Historia de la Hacienda de España* (Madrid, 1984), 2 vols.; DENIS MENJOT-MANUEL SÁNCHEZ MARTÍNEZ (coords.), *La Fiscalité des villes au Moyen Âge* (Toulouse, 1996-2002), 3 vols.; MANUEL SÁNCHEZ MARTÍNEZ (comp.), *El naixement de la fiscalitat d'Estat a Catalunya (segles XII-XIV)* (Vic, 1995); un apunte concreto en MAX TURULL RUBINAT, «La Hacienda Municipal y la tributación directa en Cataluña durante la Edad Media. Planteamiento general», en *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, XXII-64 (enero-abril 1992), págs. 9-80, con abundante bibliografía no limitada exclusivamente a Cataluña. Vid. también, en general, *Historia de la Ha-*

mana (2). Por el contrario, nuestro objetivo se concentra en ofrecer al lector una visión de aquella evolución anteriormente citada, tal y como el estado actual de las investigaciones lo permiten.

2. Han sido expuestos en otro lugar los posibles tipos de catastro y las motivaciones que impulsan su aparición y generalización durante el siglo XVIII y posteriores, como pueden ser las de tipo fiscal, las que persiguen una valoración y estimación de la riqueza de un país, y las que pretenden una estrecha relación con el Registro de la Propiedad, a fin de evitar contradicciones entre una y otra institución en lo que se refiere a la titularidad de las propiedades que respectivamente (Catastro y Registro de la Propiedad) contemplan e incluyen (3).

Tradicionalmente, y no sin razón, se acostumbra a iniciar el estudio del catastro como figura impositiva en el siglo XVIII. Para ello, no deja de tener cierto interés el estado en que se hallaba la Hacienda de la monarquía hispánica en el umbral del dieciocho.

En ese momento, siguiendo a FONTANA, «la mayor parte de los ingresos tributarios de la monarquía se obtenían de las provincias de la Corona de Castilla» (4). Estos ingresos respondían a un complejo y ciertamente arcaico sistema de imposición, basado más en una acumulación que en una sistematización y racionalización de los impuestos acumulados durante los siglos anteriores (5), sin olvidar un dato sobre el que volveremos más adelante: la multiplicidad y diferenciación de los regímenes fiscales existentes en la

cienda española (épocas antigua y medieval). Homenaje al Profesor García de Valdeavellano (Madrid, 1982).

(2) Vid. LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones españolas* (Madrid, 1977, 5.ª ed.), pág. 156 y sigs. Se refiere a la labor «catastral» realizada por Augusto, de la que tenemos noticia indirecta gracias a Ulpiano; vid. EMMA MONTANOS FERRÍN-JOSÉ SÁNCHEZ ARCILLA, *Historia del Derecho y de las Instituciones* (Madrid, 1991, 3 vols.), I, pág. 133, nota 193. Vid. en general: JOSÉ M.ª BLAZQUEZ, «El sistema impositivo en la España romana», en *Historia de la Hacienda española (épocas antigua y medieval). Homenaje al Profesor García de Valdeavellano* (Madrid, 1982), págs. 67-125; J. MUÑIZ COELLO, *El sistema fiscal en la España romana (Republica y Alto Imperio)* (Huelva, 1980).

(3) ANTONI SEGURA MAS (coord.), *El Catastro en España, 1714-1906. De los Catastros del siglo XVIII a los Amirallamientos de la segunda mitad del siglo XIX. Vol. I.* (Madrid, 1988) (= *El Catastro en España...*), págs. 18-20. El conjunto de artículos que comprende la obra requieren sin duda toda la atención del lector interesado en el tema.

(4) JOSEP FONTANA, *La Hacienda en la Historia de España, 1700-1931* (Madrid, 1980), pág. 16 y sigs.

(5) Vid. ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Política y Hacienda de Felipe IV* (Madrid, 1960), especialmente págs. 193-240, y su *Política fiscal y cambio social en la España del siglo XVII* (Madrid, 1984). Vid. también MANUEL GARZÓN PAREJA, *La Hacienda de Carlos II* (Madrid, 1980), y su *Historia de la Hacienda de España* (Madrid, 1984), 2 vols.; MIGUEL ÁNGEL LADERO QUESADA, *La Hacienda real en Castilla en el siglo XV* (La Laguna, 1973), y *El siglo XV en Castilla. Fuentes de renta y política fiscal* (Barcelona, 1982).

Monarquía, esto es, la Corona de Castilla, los reinos de la Corona de Aragón, y la zona que comprendía el reino de Navarra y las provincias vascas.

Resumiendo muy sintéticamente, existían en Castilla tres grandes grupos de ingresos o «ramos» que por sí solos suponían prácticamente el 90 por 100 del total recaudado (6):

- a) Los ingresos procedentes de las llamadas «rentas provinciales», en donde destacaban la «alcabala» (10 por 100 sobre las ventas o permutas) (7); los «cientos» (un 4 por 100 que se añadía a la alcabala), y los «millones», subsidios de Cortes inicialmente extraordinarios a finales del siglo XVI, y que acabaron convirtiéndose en permanentes, cargándose sobre la venta al por menor de determinados artículos de consumo (vino, vinagre, aceite, carne, jabón, velas de sebo), de tal manera que el vendedor detraía en especie lo que se obligaba a entregar en dinero a la Hacienda pública. Estas rentas provinciales se recaudaban mediante el arrendamiento (por pueblos, por tributos), mediante el cual los artículos de consumo más habituales resultaban mucho más gravados que la riqueza de bienes inmuebles, por ejemplo, que escapaban así al control fiscal, y el arrendatario obtenía unos beneficios muy importantes.
- b) Los ingresos procedentes de los monopolios o «estancos», como el tabaco, la sal, los naipes, el papel sellado o la pimienta, la pólvora, el azogue y el azufre.
- c) Los ingresos procedentes de las aduanas, que se cobraban por las importaciones y exportaciones de las mercancías (8).

3. Como hemos indicado anteriormente, la Corona española contaba hasta principios del siglo XVIII con una variedad de regímenes fiscales, entre otros, el de los reinos de la Corona de Aragón, que a continuación describimos sumariamente (9).

(6) Dejamos de lado intencionadamente los ingresos que percibía la Corona de las contribuciones eclesiásticas, de origen y naturaleza muy variada: subsidio, excusado, tercias reales, Bula de la Santa Cruzada, etc. Vid. ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Política y hacienda...*, pág. 242.

(7) Sobre la alcabala, vid. SALVADOR DE MOXÓ, *La alcabala. Sobre sus orígenes, concepto y naturaleza* (Madrid, 1963), y «Los Cuadernos de alcabalas. Orígenes de la legislación tributaria castellana», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 39 (1969), págs. 317-450. M.^a DEL CARMEN ANGULO TEJA, *La Hacienda española en el siglo XVIII. Las rentas provinciales* (Madrid, 2002).

(8) Vid. RAMÓN LÁZARO DE DOU Y BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado* (Madrid, 1803, reed. Barcelona, 1975), vol. V, págs. 262-263.

(9) Sobre este tema, para la Corona de Aragón bajo una perspectiva de conjunto, vid. CHRISTIAN GUILLERÉ, «Les finances de la Couronne d'Aragon au debut du XIVe.

El caso de Valencia es, en palabras de ARTOLA, el más complejo entre ellos (10). Los ingresos del Real Patrimonio provenían del *ters delme*, que tenían una cuantía menor de las «generalidades» y sin embargo eran superiores a los servicios votados en Cortes (11).

En cuanto a Aragón, digamos que la Hacienda Real aragonesa no contaba con una fuente de ingresos de tipo permanente, como también sucedía en otros reinos; además de los ingresos del Real Patrimonio, la Corona sólo contaba con los servicios que las Cortes aprobaban en cada momento, a los que se añadían los impuestos que se cobraban en aduanas o «generalidades» (12).

En cuanto a Cataluña, los ingresos del Real Patrimonio habían sido tradicionalmente muy inferiores a los que recaudaba por su cuenta y para sí la Generalitat de Catalunya o incluso la propia ciudad de Barcelona, prueba de la debilidad de los ingresos que producía dicho Real Patrimonio (13). Este desequilibrio cuanto a los ingresos surgía, entre otros motivos, por la gran importancia que suponía como fuente de ingresos el llamado «dret de bolla»

siècles (1300-1310)», en MANUEL SÁNCHEZ MARTÍNEZ (comp.), *Estudios sobre renta, fiscalidad y finanzas en la Cataluña bajomedieval* (Barcelona, 1993) (= *Estudios sobre renta...*), págs. 487-508. Una aproximación a los conceptos jurídicos en TOMÁS DE MONTAGUT Y ESTRAGUÉS, «La recepción del dret tributari comú a la Corona d'Aragó», en JOSEP SERRANO DAURA (coord.), *El territori i les seves institucions històriques. Actes de les jornades d'estudi commemoratives del 50è. aniversari de la incorporació definitiva del marge dret del riu Ebre a Catalunya. Ascó 28,29 i 30 de novembre de 1997* (Barcelona, 1999), 2 vols., I, págs. 361-383.

(10) MIGUEL ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen* (Madrid, 1982).

(11) Vid. sobre el tema, REMEDIOS FERRERO MICÓ, *La Hacienda municipal de Valencia durante el reinado de Carlos V* (Valencia, 1987); y la bibliografía citada por PEDRO RUIZ TORRES, «El equivalente valenciano», en *El Catastro en España...*, pág. 47 y sigs.

(12) Vid. JOSÉ ÁNGEL SESMA MUÑOZ, «Las Generalidades del Reino de Aragón. Su organización a mediados del siglo XV», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 46 (1976), págs. 393-467; JESÚS LALINDE ABADÍA, «La base ideológica del sistema impositivo aragonés histórico», en *Historia de la Hacienda española (épocas antigua y medieval). Homenaje al Profesor García de Valdeavellano* (Madrid, 1982), págs. 407-446; ESTEBAN SARASA SÁNCHEZ, «La Hacienda real de Aragón en el siglo XV», en el mismo volumen, págs. 483-519; MIGUEL ARTOLA, *La Hacienda...*, págs. 163-171. No he podido consultar W. KUCHLER, *Die Finanzen der Krone Aragon während des 15. Jahrhunderts (Alfons V. und Johann II)* (Münster, 1983).

(13) Sobre el tema, vid. los trabajos de MANUEL SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «La fiscalidad real en Cataluña (siglo XIX)», en *Anuario de Estudios Medievales*, 22 (1992), págs. 341-376; «Una aproximación a la estructura del dominio real en Cataluña a mediados del siglo XV: el "capbreu o memorial de les rendes e drets reials" de 1440-1444», en *Estudios sobre renta...* págs. 381-455; y *El naixement de la fiscalitat d'Estat a Catalunya (segles XII-XIV)* (Vic, 1995). Una visión general en TOMÁS DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS, «La Administración financiera en la Corona de Aragón», en *Historia de la Hacienda española (épocas antigua y medieval). Homenaje al Profesor García de Valdeavellano* (Madrid, 1982), págs. 483-504; «El Baile General de Cataluña (Notas para su estudio)», en *Hacienda Pública Española*, 87 (1984), págs. 73-84; y muy especialmente *El Mestre Racional a la Corona d'Aragó (1283-1419)* (Barcelona, 1987).

que la Generalitat recaudaba sobre la venta de productos textiles (14). Un desequilibrio que llegó a su máximo apogeo cuando precisamente era más necesario que nunca a la Corona el recaudar lo máximo posible, es decir, a inicios del siglo xvii cuando las guerras de Europa precisaban de los mayores recursos (15).

A partir de ese momento aumentaron las presiones desde la Corona por conseguir superar las reticencias y las resistencias de tipo jurídico e institucional que existían en Cataluña, a fin de lograr una mayor colaboración-participación económica del Principado y de los otros reinos de la Corona de Aragón en el sostenimiento económico de las empresas europeas de la monarquía. Pero incluso después de la etapa más álgida del conflicto así surgido, cual fue la guerra de 1640 a 1652, la situación no varió aparentemente en lo esencial (16), aunque el monarca controló más directamente la elección de los miembros de la Generalitat y del municipio de Barcelona, (17). Sin olvidar que el Derecho catalán (público y privado) se mantuvo a partir de entonces como concesión *ex novo* del monarca, que en uso de su soberanía así lo disponía en favor de sus súbditos.

Todo ello nos prepara el camino para entender mejor dos cuestiones. En primer lugar, la efervescencia durante el siglo xvii del arbitrista, creador de una literatura de opinión amplísima que creó un ambiente propicio para la aplicación de unas medidas fiscales homogeneizadoras a principios del siglo xviii (18). En segundo lugar, la realidad de un desequilibrio financiero dentro de la monarquía, puesto que Castilla seguía contribuyendo con unos 2/3 del total de los ingresos percibidos (19).

4. Cuanto a las provincias vascas y el reino de Navarra, no es este el lugar para examinar las peculiaridades jurídicas que permitían la existencia

(14) Vid. ANTONI JORDÀ FERNÁNDEZ, «Els ingressos fiscals de la Generalitat de Catalunya a la segona meitat del segle xvii», en *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols*, X (1982), págs. 163-203.

(15) La bibliografía sobre el tema es amplia; citemos, por ejemplo, JOSÉ ALCALÁ-ZAMORA y QUEIPO DE LLANO, *España, Flandes y el Mar del Norte (1618-1639)* (Barcelona, 1975); R. A. STRADLING, *Felipe IV y el gobierno de España, 1621-1665* (Madrid, 1989), y muy especialmente JOHN H. ELLIOTT, *La rebelión de los catalanes (1598-1640)*, (Madrid, 1977, 1.ª ed. en inglés, Cambridge, 1963), y *El Conde-Duque de Olivares. El político en una época de decadencia* (Barcelona, 1990, 1.ª ed. en inglés, Yale, 1986).

(16) Vid. FERNANDO SÁNCHEZ MARCOS, *Cataluña y el Gobierno central tras la guerra de los segadores, 1652-1679. El papel de don Juan de Austria en las relaciones entre Cataluña y el Gobierno central* (Barcelona, 1983).

(17) Vid. VÍCTOR FERRO, *El Dret Públic Català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta* (Vic, 1987), pág. 251.

(18) Vid. ANTONIO JORDÀ FERNÁNDEZ, «La literatura política, jurídica y económica en la España del siglo xvii. Estado de la cuestión», en *CADUP*, 2 (1988), págs. 139-164.

(19) Vid. JOSÉ LUIS SUREDA CARRIÓN, *La Hacienda castellana y los economistas del siglo xvii* (Madrid, 1948), pág. 114.

de una situación tan especial y singular como la de ser consideradas provincias «exentas» al no estar incluidas en la contribución de la Corona de Castilla (20).

Sabemos de la creciente disminución de los ingresos del Patrimonio Real en Navarra desde la Baja Edad Media, compensados por los subsidios de las Cortes y las exacciones directas de la Corona o «ayudas» (21). Con la conquista de Navarra por parte de Fernando el Católico en 1512 y su unión a Castilla en 1515, la Corona contó un margen de presión aún mayor para obtener los ingresos que necesitaba, especialmente para obtener los derechos aduaneros o «tabas» (22), sin olvidar que hasta una fecha tan tardía como 1692, el monarca no reconoció que la reparación de agravios debía preceder a la votación de los servicios por parte de las Cortes (23).

5. La evolución y desenlace de la Guerra de Sucesión de 1705-1714 planteó con más virulencia, si cabe, el problema de la multiplicidad de regímenes fiscales dentro de la monarquía. En efecto, ya durante el curso de la guerra se intentó la simple aplicación del «modelo» fiscal castellano en Valencia, que básicamente consistió en decretar el cobro de alcabalas y cientos, así como el del papel sellado y tabaco, sin olvidar la imposición de donativos forzosos para el sostenimiento de la tropa. La propia administración borbónica fue desistiendo de estos principios (24), abogando a partir de 1715 por exigir una capitación equivalente (de ahí el nombre de «equivalente» que tomaría la nueva forma de imposición) a lo obtenido por las alcabalas y el

(20) GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, «Fiscalidad en Guipúzcoa durante los siglos XIII-XIV», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 44 (1974), págs. 537-617; GREGORIO MONREAL ZIA, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)* (Bilbao, 1974), y muy especialmente su artículo «Convenio y conciertos económicos con el Estado en Vasconia», en JOSEP SERRANO DAURA (coord.), *El territori i les seves institucions històriques. Actes de les jornades d'estudi commemoratives del 50è. aniversari de la incorporació definitiva del marge dret del riu Ebre a Catalunya. Ascó 28,29 i 30 de novembre de 1997* (Barcelona, 1999), 2 vols., I, págs. 385-440.

(21) Vid. DE JAVIER ZABALO ZABALEGUI, *La administración del reino de Navarra en el siglo XIV* (Pamplona, 1973), págs. 121-208, y «Las oligarquías urbanas de Pamplona y Tudela en 1366. Dos comportamientos diversos ante el fisco real navarro», en *Anuario de Estudios Medievales*, 22 (1992), págs. 665-710; J. CARRASCO PÉREZ, «Fiscalidad y circulación monetaria en el reino de Navarra. La dote de la infanta Juana, duquesa de Bretaña (1385-1387)», en *Anuario de Estudios Medievales*, 22 (1992), págs. 641-664.

(22) Vid. MIGUEL ARTOLA, «La Hacienda Real navarra en el Antiguo Régimen», en *Saioak*, III (1979), págs. 205-236; JOAQUÍN SALCEDO IZU, «El sistema fiscal navarro en la Cámara de Comptos Reales», en *Príncipe de Viana*, 163 (1981), págs. 617-638.

(23) Vid. ALFREDO FLORISTÁN IMÍZCOZ, «Las Cortes de Navarra después de la conquista: renovación e innovación institucional en el siglo XVI», en AADD, *Les Corts a Catalunya. Actes del Congrés d'Història Institucional. Barcelona, 1988* (Barcelona, 1991), págs. 329-340.

(24) Sobre las dificultades de aplicación del régimen fiscal castellano en Valencia, vid. HENRY KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España, 1700-1715* (Barcelona, 1974).

resto de impuestos, y centralizando su recaudación, de tal manera que una vez fijada la cuantía total a obtener por parte del Intendente, se procedía a un reparto entre los pueblos y ciudades (similar al «encabezamiento» que hacían las ciudades castellanas).

Por su parte, los municipios procedieron a la aplicación de distintos mecanismos de recaudación de la cantidad que se les había asignado: desde el mantenimiento del sistema anterior como se había hecho con la «peita real» y los subsidios en Cortes (esto es, reparto de modo proporcional a la renta de los vecinos) hasta la aplicación de una imposición indirecta del tipo de las alcabalas (esto es, gravando el consumo e intercambio de productos), que sería el camino elegido por la ciudad de Valencia al aplicar un gravamen del 8 por 100 sobre aquellas operaciones económicas (25).

6. También en Aragón surgieron dificultades para la transformación inicial del sistema fiscal existente y su asimilación al de Castilla. Los Intendentes introducirán el cobro del papel sellado, administrando también las aduanas, salinas y renta del tabaco. También se introducen las alcabalas y cientos, aunque poco después se redujo su cuantía del 14 al 5 por 100, siendo suprimido por ineficaz en 1709. La imposición de contribuciones de guerra intentó paliar la situación, cosa que provocó tensiones con los municipios. Finalmente, se decidió en 1714 la aplicación de una «Única contribución», una imposición que, partiendo de una cantidad fijada para el conjunto aragonés, se distribuía entre los pueblos y ciudades proporcionalmente a la población fiscalmente obligada. En ese momento entran en juego los libros del Catastro para establecer la riqueza de los vecinos y proceder así al cobro del impuesto, distinguiendo entre la contribución rústica y la industrial y comercial (26).

7. Quizá sea en Cataluña donde las modificaciones en el sistema fiscal provocadas por la Guerra de Sucesión han sido más notables y acaparado además un gran interés por parte de los investigadores (27). El hecho que

(25) Sobre este tema hemos seguido a PEDRO RUIZ TORRES, «El equivalente valenciano...», págs. 47-60. Un estudio más amplio en JORGE CORREA BALLESTER, *El impuesto del equivalente en la ciudad de Valencia (1707-1740)* (Valencia, 1986); y JORDI ROMEU LLO-RACH, *El sistema fiscal valenciano (1715-1823)* (Vinaroz, 1981). PILAR GARCÍA TROBAT, «A Forgotten Result of the Spanish War of Succession: the Cadastre and its Fiscal Effects on the Crown of Aragón», en *Yearbook of European Administrative History*, 13 (2001), 193-216.

(26) Vid. ANTONIO PEIRÓ ARROYO, «La Única Contribución», en *El Catastro en España...*, I, págs. 75-88, y «La Hacienda aragonesa en el siglo XVIII. Una aproximación al sistema recaudatorio», en *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 3 (1978-1979), págs. 119-131.

(27) La relación bibliográfica es muy amplia; citemos tan sólo las numerosas aportaciones al respecto recopiladas en JOAN MERCADER RIBA, *Felip V i Catalunya* (Barcelona, 1985, 2.ª ed.), en especial los estudios sobre la implantación del Catastro y la Superintendencia en Cataluña. También de ANTONI SEGURA MÀS, «El cadastre: la seva història (1715-

incluso la terminología («catastro») aplicada inicialmente en Cataluña haya sido la que se mantiene a lo largo de los siglos en toda España hasta prácticamente su transformación en 1988 en el actual IBI ha requerido la atención y estudio detallado del nuevo sistema impositivo.

Con los antecedentes ya examinados de Valencia y Aragón, la aplicación del nuevo régimen fiscal en Cataluña tenía unas perspectivas más claras y diáfanas de lo que se quería conseguir y cómo hacerlo (28). El nuevo sistema, en palabras de SEGURA, «...venía a sustituir y completar los antiguos sistemas de recaudación utilizados en Cataluña», siguiendo un modelo de inspiración francesa (29). Después de una serie de dificultades iniciales en su aplicación (exceso en la valoración del cupo, ocultación y fraude fiscal), en 1735 se dictan las disposiciones definitivas sobre el nuevo impuesto que perdurarían hasta la reforma Mon de 1845 (30), que según SEGURA «...puso fin —o extendió al resto del Estado, según se mire— al sistema del Catastro en Cataluña».

La contribución catastral instaurada en Cataluña constaba, en realidad, de tres imposiciones distintas.

El catastro real gravaba tanto los bienes inmuebles rústicos y urbanos como los ingresos procedentes de rentas (censales, censos, diezmos, etc.). Lo pagaba toda persona que fuera propietaria en razón de esa titularidad jurídica, sin excepción; es, pues, un intento de aplicar una contribución universal, aunque limitada a la propiedad (31). La propiedad rústica se clasificó en 32 categorías, considerando la calidad de las mismas junto con el tipo de cultivo que tenían. A partir de esta clasificación, se establecían unas tarifas por unidad de superficie considerada. En cuanto a la propiedad urbana y las rentas, tributaban un 10 por 100 de lo que se consideraba producían anualmente.

El catastro personal gravaba como base imponible los ingresos que provenían de la actividad económica personal del contribuyente, con excepción de nobles y eclesiásticos; se calculaba estableciendo un ingreso diario teórico

1845) i la seva importància com a font documental», en *Estudis d'Història Agrària*, 4 (1983), págs. 129-143, y por supuesto, del mismo autor, sus aportaciones en el volumen antes citado *El Catastro en España...*

(28) No vamos a centrarnos en examinar la larga polémica sobre las motivaciones que impulsan a Felipe V a la implantación del Catastro en Cataluña, y que se resumen básicamente en dos: el catastro como «castigo» a los vencidos, en una suerte de *vae victis* contra los catalanes; o el catastro como modelo de uniformización impositiva y distribución equitativa ilustrada *avant la lettre*.

(29) ANTONI SEGURA MAS, «El Catastro de Patiño en Cataluña (1715-1845)», en *El Catastro en España...*, I, págs. 31-46.

(30) Vid. la legislación al respecto (Instrucción del Intendente Patiño de 1716, la del Intendente Sartine de 1735, etc.) en A. SANMARTÍ, *Colección de Órdenes relativas a la Nueva Planta de la Real Audiencia de Barcelona* (Lérida 1806), pág. 241 y sigs.

(31) Los eclesiásticos, finalmente, también deberían pagar este impuesto, aunque sólo con referencia a las propiedades adquiridas después de 1715.

(como si de un «módulo» se tratara) que se multiplicaba por lo que se consideraba la jornada anual teórica (100 días para campesinos, 180 para los artesanos). Del producto así obtenido se liquidaba el 8,33 por 100 anual en concepto de dicho impuesto.

El catastro industrial o ganancial, el de más difícil clasificación y aplicación, tenía por objeto gravar el beneficio que se obtenía al margen del trabajo personal, como si de un impuesto sobre los «medios de producción» se tratara; se aplicaba a los comerciantes, pero también a artesanos con tienda abierta al público, e incluso notarios (32). Se calculaba a partir de los beneficios declarados en el comercio o industria, y sobre esa base se liquidaba un 10 por 100 anual.

8. El reino de Mallorca tenía establecido desde la Baja Edad Media un sistema fiscal peculiar, propio y diferenciado del que existía en los otros reinos de la Corona de Aragón. En efecto, la pragmática de 1384 había permitido la consolidación de la «talla» o contribución a repartir entre los municipios por motivos extraordinarios (guerras, pestes, etc.) y que pagaban todos los habitantes, incluso los eclesiásticos. También existía una «talla» ordinaria, que era la que los municipios imponían para su financiación regular (33).

Con el fin de la Guerra de Sucesión y la aplicación de la Real Cédula de 1716, que aplicaba una nueva planta a la Audiencia de Mallorca, el sistema fiscal inició su transformación, concretada en la Real Orden de 6 de octubre de 1717. En ella se justificaba el establecimiento de una nueva contribución, que se llamaría «Talla General» (34).

Aunque en cierto modo se intentaba una continuidad con la situación anterior, al menos desde el punto de vista semántico, dos eran las diferencias principales: todos estaban obligados a su pago (incluso el clero), y su carácter anual. Previo el establecimiento de la cantidad con que debía contribuir la

(32) En el caso de los Notarios, la oposición de los Notarios Reales de Barcelona, a ser sujetos pasivos del Catastro ganancial fue constante a lo largo del siglo XVIII; vid. RAIMÓN NOGUERA DE GUZMÁN, *Los Notarios de Barcelona en el siglo XVIII* (Barcelona, 1978), págs. 78-79.

(33) Vid. JOSÉ LÓPEZ BONET, «La pràctica fiscal a la Mallorca de la Baixa Edat Mitjana (siglo XIII-XVI)», en *Randa*, 29 (1991), págs. 13-36; PAU CATEURA BENNASSER, *Política y finanzas del Reino de Mallorca bajo Pedro IV de Aragón* (Palma de Mallorca, 1982), y «Fiscalidad real y municipal en la Mallorca del siglo XV», en *Anuario de Estudios Medievales*, 22 (1992), págs. 443-462; M. VALLS BERTRAND, *Sistema fiscal y deuda pública de Mallorca, 1425-1426*, Tesis de Licenciatura (inérita), Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Baleares (Palma de Mallorca, 1985); MARÍA BARCELÓ CRESPI, *La Ciutat de Mallorca en el trànsit a la modernitat* (Palma de Mallorca, 1988); de ROMÁN PIÑA HOMS, *El Gran i General Consell: asamblea del antiguo reino de Mallorca* (Palma de Mallorca, 1977); *La creación del Derecho en el reino de Mallorca* (Palma, 1987), y *El derecho histórico del reino de Mallorca* (Palma, 1993).

(34) Vid. FRANCESC RIERA VAYREDA, «La Talla General», en A. SEGURA MAS (COORD.), *El Catastro en España...*, I, págs. 61-74.

isla, se distribuía en tres zonas (Ciudad de Palma, Montaña y Llano), y mediante un proceso complicado de subasta y recaudación, los particulares debían pagar un tipo que no varió sustancialmente a lo largo del siglo XVIII, y que puede calcularse en un 0,2 por 100 igual para todos, sobre una base imponible que consistía en la estimación de la riqueza del interesado (35).

9. Se ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones las consecuencias de todo tipo, que supuso la aplicación de la nueva contribución catastral, en sus diversas variantes, en los reinos de la antigua Corona de Aragón. En cualquier caso, parece evidente que al nuevo impuesto no le eran ajenas las siguientes características:

- a) Necesidad de compaginar dos criterios contradictorios, como eran la fijación de un cupo o cantidad necesariamente a recaudar por parte de la Corona para subvenir a sus necesidades, y la estimación de la riqueza sobre la cual debía recaudarse aquella cantidad, lo que favorecía, lógicamente, un proceso de ocultación y fraude fiscal.
- b) Mantenimiento de forma prácticamente inalterable a lo largo del siglo XVIII de los cupos. Este hecho, unido al aumento de población y consiguientemente de actividad económica, supuso que al acabar el siglo se estaba pagando prácticamente lo mismo que a sus inicios, con lo que la carga fiscal parece ser que no fue un obstáculo para la expansión económica, antes al contrario (36).

10. Una experiencia como la de la contribución catastral, a pesar de sus dificultades iniciales, no podía pasar desapercibida a los ministros de la Corona cuando contemplaban a mediados del siglo XVIII la situación fiscal que todavía existía en Castilla.

La pretensión de lograr una única contribución no nace, sin embargo, en el siglo XVIII. Al contrario, sabemos de intentos (teóricos) de construir un régimen fiscal menos diversificado y más homogéneo en cuanto a su hecho imponible.

Ya hubo intentos de conseguir en Castilla un impuesto único a finales del siglo XVI, aplicado a la harina (37). Los arbitristas, como ya hemos dicho

(35) Se trataba de un tipo de 4 sueldos y 8 dineros por cada 100 libras mallorquinas, según datos de F. RIERA VAYREDA, *La Talla...*, pág. 63. Sobre el cálculo de la moneda mallorquina y sus equivalencias, vid. JACOBO BERENGUER DE MONGAT, *Manual de reducciones de monedas al nuevo sistema métrico-decimal. Contiene la correspondencia recíproca de las antiguas monedas reales é imaginarias de España y de las monedas extranjeras á las del nuevo sistema métrico decimal* (Barcelona, 1887), págs. 59-70.

(36) El caso de Cataluña es elocuente: en 1718 se fijó el cupo o montante a recaudar en 900.000 pesos; a mediados de la década de 1720, 1.000.000 de pesos; en 1785, 750.000 pesos; en 1817, prácticamente 750.000 pesos. Vid. los datos exactos y fuentes consultadas en A. SEGURA MAS, *El Catastro de Patiño...*, págs. 33-34, n. 10.

(37) A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Política y hacienda...*, 5.

anteriormente, actuaron impulsados, entre otros motivos, por la necesidad de reorganizar la Hacienda y evitar las grandes pérdidas que para la Corona suponía el sistema de arrendamiento de los múltiples impuestos existentes. Tal era la postura de SANCHO DE MONCADA, que en 1619 proponía que una única alcabala que gravase solamente el trigo, la cebada y el centeno permitiría una gran recaudación y la eliminación de muchos recaudadores (38). Pero las opiniones eran muchas y muy variadas al respecto (39).

A esta tradición unificadora se le añadirá en el siglo XVIII la influencia francesa en la Corte de los Borbones en Madrid. En efecto, en Francia se cerraba el siglo XVII con las propuestas del Intendente BOISGUILLEBERT en su obra *Detail de la France* (1695), continuadas en cierto modo por el mariscal VAUBAN con su propuesta de *Dîme royal* (1707). Aunque no tuvieron una gran repercusión posterior (40), los consejeros franceses de Felipe V, como Orry, tenían siempre presente aquellos proyectos que en la Corte de Luis XIV no tuvieron éxito, pero que en la de Felipe V podía intentarse. Sabemos ya de los intentos y vacilaciones iniciales, en Valencia y Aragón, de la aplicación en Cataluña y Mallorca. Es indudable que a mediados del siglo XVIII la experiencia podía aspirar a trasladar su aplicación a otras provincias de la monarquía, a pesar de los presagios negativos de algunos ministros de la Corona (41).

El Real Decreto de Fernando VI de 11 de octubre de 1749 supuso el primer paso en esta dirección (42), pues no en vano el rey indicaba claramente que la finalidad del decreto era «...reducir a una sola contribución las de Millones, Alcabalas, Cientos, Servicio ordinario y sus agregados, contribuyendo cada vasallo a proporción de lo que tiene con equidad y justicia» (43). Es

(38) Vid. SANCHO DE MONCADA, *Restauración política de España* (Madrid, 1619, reed. por Jean Vilar, Madrid, 1974), págs. 177 y sigs.

(39) Para su estudio, debe consultarse JEAN VILAR, *Literatura y economía. La figura satírica del arbitrista en el Siglo de Oro* (Madrid, 1973); TOMÁS DE MERCADO, *Suma de tratos y contratos* (Sevilla, 1571, 2 vols.; reed. a cargo de Nicolás Sánchez Albornoz, Madrid, 1977, 2 vols.).

(40) Vid. FRANÇOIS HINCKER, *Les Français devant l'impôt sous l'Ancien régime* (París, 1971).

(41) Caso del Intendente y después Secretario del Despacho de Hacienda JOSÉ DEL CAMPILLO, *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, escrita en 1742 y editada por vez primera, con estudio preliminar, por ANTONIO ELORZA (Madrid, 1969); vid., en especial, los apartados «Contribuciones» y «Tributos».

(42) Dejamos a un lado los intentos anteriores, y los planteamientos de LOYNAZ, ZABALA, etc.; para ello, vid. ALFONSO OTAZU, *La reforma fiscal de 1749-1779 en Extremadura* (Madrid, 1978), especialmente págs. 1-14.

(43) Vid. ANTONIO MATILLA TASCÓN, *La Única Contribución y el Catastro de Ensenada* (Madrid, 1947), pág. 63. Vid. también CONCEPCIÓN CAMARERO GULLÓN, «The Cadastre of the Crown of Castile in the Mid-18th. Century», en *Yearbook of European Administrative History* (JEV), 13 (2001), 167-192.

en realidad una obra del marqués de la Ensenada, que dará nombre al Catastro estimativo de la riqueza y bienes sobre los que se debía contribuir (44).

La Única Contribución, en esencia, consistía en un reparto de acuerdo con el volumen de las utilidades averiguadas previamente al realizar el Catastro, reducida en un 50 por 100 para compensar por los gastos de cultivo (45); para las propiedades urbanas, el reparto se haría en proporción a 2/3 de las utilidades. La contribución se dividía en tres ramos: real (casas, tierras, rentas y arrendamientos, censos y pensiones), industrial (sueldos e ingresos de oficios y profesiones), y de comercio (mercaderes, negociantes y asentistas).

Una compleja estructura administrativa y un ambicioso planteamiento de supresión de las rentas provinciales en Castilla no fueron suficientes para romper la inercia existente y los recelos que suscitaba, que acabaría triunfando con el abandono definitivo del proyecto en 1776 (46), a pesar de los intentos de Carlos III con varios Reales Decretos, de 4 de julio de 1770, para agilizar la aplicación de la Única Contribución (47).

Sin embargo, los ilustrados no cejaron en el empeño de intentar aplicar lo que en Francia ya habían propuesto los fisiócratas, es decir, un impuesto único sobre la propiedad de la tierra como base del sistema contributivo (48). Ideas de SANCHO DE MONCADA y su «alcabala única» se detectan en las obras de CAMPOMANES, aunque OTAZU cree que realmente la influencia de los fisiócratas en los ilustrados españoles es muy tenue, al menos en este aspecto (49).

Ha sido estudiada la situación en los años siguientes (50), destacando, por un lado, la aplicación de la contribución de frutos civiles acordada por Real Decreto de 29 de junio de 1785, a pesar de las dificultades que supuso su

(44) Vid. GONZALO ANES, «La Contribución de frutos civiles entre los proyectos de reforma tributaria en la España del siglo XVIII», en *Hacienda Pública Española*, 27 (1974), págs. 21-45; PIERRE VILAR, «Structures de la société espagnole vers 1750. Quelques leçons du Catastre de la Ensenade», en *Mélanges a la mémoire de Jean Sarrailh* (París, 1966), II.

(45) JOSEP FONTANA, *Hacienda y Estado en la crisis final del Antiguo Régimen español: 1823-1833* (Madrid, 1973), en especial pág. 25 y sigs.

(46) Sobre el tema, vid. A. MATILLA TASCÓN, *La Única Contribución...*, cit.

(47) Vid. sobre los trabajos previos de la Única Contribución y la información que ofrecen los Mapas Generales y el Censo General del Catastro, el estudio de CARLOS CALVO ALONSO, «El Catastro de Ensenada. Proyecto de Única Contribución en la Corona de Castilla», en *El Catastro en España...*, I, págs. 89-110.

(48) Sobre el tema, vid. JUAN HERNÁNDEZ DEU, «La Única Contribución del Marqués de la Ensenada y el impuesto único de la Escuela Fisiocrática», en *Moneda y Crédito*, 117 (1971), pág. 71 y sigs.; y «Evolución histórica de la contribución directa en España desde 1700 a 1814», en *Revista de Economía Política*, 61 (mayo-agosto 1972), págs. 31-90.

(49) ALFONSO OTAZU, *La reforma fiscal...*, págs. 21-22.

(50) JOSEP FONTANA, *Hacienda y Estado...*, pág. 36 y sigs.; y muy especialmente CARMEN GARCÍA GARCÍA, *La crisis de las Haciendas Locales. De la reforma administrativa a la reforma fiscal (1743-1845)* (Valladolid, 1996).

aplicación en los arrendamientos (51). Por otro, la Corona intentó obtener ingresos de forma rápida de manera que lo que importaba era el «cuánto», y no el «cómo» se obtenían: sólo entre 1780 y 1782 se emitieron 30 millones de pesos en vales reales, desechándose, pues, alternativas de reforma tributaria como las propuestas por GARDOQUI y su contribución de consumos en 1792, o la de JUAN JOSÉ CAAMAÑO, proponiendo en 1798 a Godoy la sustitución de las rentas provinciales por una contribución única (52).

La idea de una única contribución pervivió durante el paréntesis obligado de la guerra de 1808-1814 (53), sin olvidar además las más o menos profundas reformas administrativas realizadas para mejorar la recaudación (54).

11. Después de 1814, los intentos de aplicar una contribución única también fracasaron. El Decreto de MARTÍN DE GARAY, de 1817, intentó crear una «contribución general» proporcional a la riqueza de los contribuyentes, sin suprimir los estancos. Este planteamiento no se aplicaría en las capitales de provincia, donde existiría un derecho de puertas sobre los artículos introducidos en el municipio (55).

La idea más importante de GARAY se basaba en la supresión de las rentas provinciales, contribuciones de paja y utensilios, frutos civiles y subsidio ecle-

(51) Vid. GONZALO ANES, *Las crisis agrarias en la España moderna* (Madrid, 1970), págs. 286-289.

(52) Vid. sobre estas propuestas y su ineficacia, ANTONIO ELORZA, *La ideología liberal en la Ilustración española* (Madrid, 1970), págs. 185-189. Y la obra de RICHARD HERR, «Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV», en *Moneda y Crédito*, 118 (1971).

(53) Citemos el «Nuevo Plan de Contribuciones Públicas», aprobado por las Cortes en 1813, que establecía, entre otras disposiciones, una contribución a pagar por parte de los propietarios y los arrendatarios de fincas rústicas y urbanas (art. 19). Además, en el preámbulo se afirmaba: «...la necesidad y la justicia de que todos los españoles contribuyan á este objeto (el servicio público) según sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno». Vid. el Decreto CCCIV de las Cortes, de 13-9-1813, en *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde el 24 de febrero de 1813 hasta el 14 de setiembre del mismo año. Vol. IV*, Imprenta de Repullés (Madrid, 1820), págs. 229-241.

(54) Vid. JOSEP FONTANA, *Hacienda y Estado...*, págs. 37-43. Desde un punto de vista jurídico e institucional, vid. JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas* (Madrid, 2003, 3.ª ed.), pág. 963 y sigs.

(55) Vid. el texto del Real Decreto de 30 de mayo de 1817, y su Instrucción, de fecha 1 de junio de 1817, en FERMÍN MARTÍN DE BALMASEDA (ed.), *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Imprenta Real (Madrid, 1818), vol. 4, págs. 210-246. Digamos que todavía en el período 1835-1838, el derecho de puertas sólo se cobraba en 30 capitales de provincia; vid. la Instrucción de 30-10-1838, aprobada por S.M. la Reina Gobernadora, para arrendar en participación los derechos de puertas con arreglo a las bases publicadas en Real Orden de 13 de este mes, en *Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho desde el 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1838*, Imprenta Nacional (Madrid, 1846, 2.ª ed.), Tomo XXIV, 579-585. La Real Orden de 13 de octubre de 1838, en *ID*, págs. 513-517.

siástico, que quedarían refundidos en una única contribución general directa. Esta contribución debería aplicarse incluso a las propiedades y bienes del Real Patrimonio. Pero estas medidas y otras posteriores encontraron grandes obstáculos para su aplicación: falta de información veraz sobre los bienes de los contribuyentes, reacciones en contra de sectores terratenientes, etc. (56).

Los años posteriores (57), y en especial el período de la guerra civil carlista de los años treinta, profundizarían las dificultades hacendísticas de la Corona, superadas con más o menos éxito mediante la reforma de la deuda, procedimientos desamortizadores o por la vía rápida de las contribuciones de guerra (58).

En este sentido, la contribución extraordinaria de guerra impuesta por Ley de 3 de noviembre de 1837 es altamente significativa por varios motivos (59). En efecto, mediante esta ley se autorizaba a las Cortes (previa propuesta del Gobierno) a recaudar una cantidad determinada que se repartiría entre las provincias. La contribución se establecía «...sobre todas las clases de riqueza de la nación» (art. 1.º), y afectaba a los propietarios de fincas rústicas (art. 7.º) y urbanas (art. 8.º), si las tenían dadas en arrendamiento, y al comercio y la industria (art. 9.º).

(56) Vid. F. SUÁREZ VERDEGUER, *Martín de Garay y la reforma de la Hacienda* (Pamplona, 1967); JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho...*, pág. 966; EMMA MONTANOS FERRÍN-JOSÉ SÁNCHEZ ARCILLA, *Historia del Derecho...*, III, págs. 432-433.

(57) Vid. RAMÓN CARANDE, «Ballesteros en Hacienda (1823-1832)», en *Siete estudios de Historia de España* (Barcelona, 1971), págs. 183-199; JAIME TORRAS ELÍAS, «En torno a la política tributaria de los gobiernos del Trienio Constitucional (1820-1823)», en *Moneda y Crédito*, 122 (1972), págs. 153-170; JOAQUÍN DEL MORAL RUIZ, *Hacienda y Sociedad en el Trienio Constitucional, 1820-1823* (Madrid, 1975); JOSEP FONTANA, «López Ballesteros y la reforma de la Hacienda: algunas reconsideraciones», en *Hacienda Pública Española. Monografías 2/1994*, págs. 57-61; JOSEP FONTANA-RAMÓN GARRABOU, *Guerra y Hacienda. La Hacienda del Gobierno central en los años de la Guerra de la Independencia* (Alicante, 1986). Un ejemplo concreto en MANUEL MARTÍNEZ NEIRA, *Revolución y fiscalidad municipal. La Hacienda de la Villa de Madrid en el reinado de Fernando VII* (Madrid, 1995).

(58) Vid. sobre el tema, los trabajos de JOSEP FONTANA, *La Revolución Liberal (Política y Hacienda, 1833-1845)* (Madrid, 1977); el ya citado *Hacienda y Estado...* Para un análisis de las repercusiones reales de estas medidas, vid. ANTONI JORDÀ FERNÁNDEZ, *Las Diputaciones Provinciales en sus inicios. Tarragona, 1836-1840. La guerra como alteración en la aplicación de la norma jurídica* (Madrid, 2002).

(59) Vid. *Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes, y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho desde el 1.º de julio hasta fin de diciembre de 1837*. Imprenta Nacional, Madrid, 1846 (2.ª ed.), Tomo XXIII. El Decreto de las Cortes de 8-9-1837 (Ley de 15-9-1837, pág. 185), establece una contribución extraordinaria de guerra, y la Real Orden de 18-9-1837 (pág. 192), dicta instrucciones sobre la aplicación de la ley. Posteriormente, la Ley de 9-11-1837 (pág. 312) —Decreto de las Cortes de 3-11-1837—, aplicando varios recursos para cubrir el déficit que resulta entre los gastos y rentas en el presupuesto del año corriente, cierra el panorama legislativo de 1837 sobre este tema.

A señalar que se preveía dificultades de aplicación en las «provincias de la antigua Corona de Aragón», autorizándose al Gobierno a suspender la aplicación (pero no la exención) de la contribución «...atendido su sistema peculiar de reparto de contribuciones» (art. 14).

Sin embargo, meses más tarde, en la Ley de 30 de junio de 1838 (60), no se contemplaba ya ninguna excepción o suspensión en la aplicación de la contribución, y se concretaba con más detalle el sistema de ejecución de las mismas: además de la contribución industrial y comercial y el impuesto de consumos, se gravaría la riqueza territorial y pecuaria «...sobre el valor en renta que paguen o se regule á las fincas rústicas y urbanas» (art. 4.º), teniendo presente para proceder a su reparto la base del impuesto de la paja y utensilios (provincias de Castilla), del catastro, equivalente y talla (antigua Corona de Aragón), y derramas de donativos en Navarra y Vascongadas (art. 9.º).

Ello nos muestra como la pervivencia del sistema contributivo catastral seguía siendo considerado válido para la imposición de una contribución extraordinaria cual era la de la guerra que contemplamos. De este modo, la llegada en 1844 de ALEJANDRO MON al Ministerio de Hacienda y su famosa Reforma Tributaria de 1845 suponen, sin lugar a dudas, un auténtico revulsivo en el tema que nos ocupa, aunque ha sido valorada como una reforma pragmática y prudente, y por ello, insuficiente (61).

La Reforma Mon, en realidad la Ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845 y el Decreto de la misma fecha sobre organización de la administración central y provincial de la Hacienda Pública (62), mantuvo buena parte del

(60) *Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes, y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho desde el 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1838*, Imprenta Nacional, Madrid, 1846 (2.ª ed.), Tomo XXIV. La Ley de 30-6-1838 (pág. 266), establece la forma en que debe repartirse la contribución extraordinaria de guerra, decretada en 3 de noviembre de 1837 (se refiere al Decreto de las Cortes de 3-11-1837, Ley del 9-11-1837, Tomo XXIII, pág. 312). Incluye el reparto por provincias. Finalmente, la Real Orden de 21-9-1838 (pág. 464), establecía ciertas reglas para promover la recaudación de la contribución extraordinaria de guerra (de la Ley 30-6-1838).

(61) La bibliografía sobre el tema es amplia; puede consultarse, entre otros, a FABIÁN ESTAPÉ RODRÍGUEZ, *La Reforma Tributaria de 1845. Estudio preliminar y consideración de sus precedentes inmediatos* (Madrid, 1971); de FRANCISCO COMÍN, *Alejandro Mon y Menéndez (1808-1882): pensamiento y reforma de la Hacienda* (Madrid, 2002), «Algunos resultados de la reforma tributaria Mon-Santillán», en MIGUEL ARTOLA-L. M. BILBAO (eds.), *Estudios de Hacienda de Ensenada a Mon* (Madrid, 1984), pág. 85 y sigs., y FRANCISCO COMÍN-RAFAEL VALLEJO, *Presupuesto general de los gastos y de los ingresos del Estado para el presente año de 1845. El presupuesto de 1845: el punto de partida de los presupuestos del Estado de la España contemporánea. Estudio preliminar por...* (Madrid, 2001); JOAQUÍN DEL MORAL RUIZ, *Hacienda Central y Haciendas Locales en España, 1845-1905* (Madrid, 1984).

(62) Vid. los textos de la Ley y del Decreto, en *Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Regla-*

sistema impositivo anterior (aduanas y estancos), e introdujo un conjunto de nuevos impuestos con la pretensión de sustituir las rentas provinciales en Castilla y sus equivalentes en los antiguos reinos de la Corona de Aragón (catastro, equivalente, etc.), así como también otros tributos (frutos civiles, paja y utensilios, cuarteles, etc.). No debemos olvidar, además, que se seguía manteniendo el planteamiento general del cupo, ya que toda la reforma debía aplicarse a la obtención de 300 millones de reales por el nuevo sistema contributivo (art. 2 de la Ley de 1845, citada *ut supra*).

Los nuevos impuestos eran, en síntesis, los siguientes (63):

- a) Una contribución sobre inmuebles, cultivos y ganadería, basada en los viejos repartos y los apeos o amirallamientos de riqueza.
- b) Un subsidio industrial y de comercio, que intentó, sin éxito, establecer una contribución con una parte fija (según la actividad y el tamaño de la población) y una parte proporcional al alquiler pagado por el local de negocio.
- c) Un impuesto sobre el consumo de especies determinadas, sucedáneo del antiguo derecho de puertas, pero limitado tan sólo a unos pocos productos (lo que no evitó que los «consumos» fuera el impuesto más odiado por la población).
- d) Una contribución sobre los inquilinatos, que no llegó a aplicarse.
- e) Un derecho de hipotecas, de poca efectividad y más formal que efectivo.

De todos ellos, el primero es el que más nos interesa, pues es el antecedente más próximo a la hasta hace poco vigente Contribución Territorial Urbana (CTU). Las dificultades en su aplicación se basaban en la inexistencia de un catastro realizado con las debidas garantías, pues dejaba en manos de los Ayuntamientos las estimaciones de la riqueza impositiva. La ocultación y el fraude hicieron que los amirallamientos fueran un gran lastre para la efectividad de la reforma (64).

mentos Generales... desde el 1.º de enero hasta fin de junio de 1845. Tomo XXXIV, Imprenta Nacional (Madrid, 1845), págs. 186-256 y 257-260, respectivamente.

(63) Seguimos a JOSEP FONTANA, *La Hacienda en la Historia...*, pág. 44 y sigs., y al articulado de la Ley, en especial las tres Bases («A», «B», «C») que engloban los tres ramos de la contribución (real, industrial, consumos).

(64) Vid. ANTONI SEGURA MAS, «La Reforma Tributaria de Mon (1845) y los amirallamientos de la segunda mitad del siglo XIX», en A. SEGURA MAS (coord.), *El Catastro en España...*, I, págs. 113-132; JUAN PRO RUIZ, «El poder de la tierra: una lectura social del fraude en la contribución de inmuebles, cultivo y ganadería (1845-1936)», en *Hacienda Pública Española. Monografías* 1 (1994), págs. 189-201; CARMELO PELLEJERO MARTÍNEZ, «La ocultación de riqueza territorial en la provincia de Málaga a finales del siglo XIX», en *Hacienda Pública Española. Monografías*, 1 (1994), págs. 203-215.

Posteriormente, debemos señalar que el artículo 29 de la Ley de Presupuestos, de 5 de agosto de 1893, dispuso la separación en cuanto a la recaudación y reparto de la Contribución urbana y la rústica y pecuaria, con lo que la Contribución territorial creada en 1845 «...aun continuando sustantivamente como un solo impuesto, se escindía, a efectos liquidatorios, en dos impuestos distintos. Puede decirse, por tanto, que a partir de este momento ganaron autonomía en nuestro sistema tributario las dos figuras impositivas mencionadas» (65).

12. La Ley de 23 de marzo de 1906, del Catastro Topográfico Parcelario, aunque no partía de la nada, supuso ciertamente el punto de partida del Catastro de Rústica moderno en España (66).

Las diferencias fundamentales respecto a la Reforma Mon de 1845 son, en primer lugar, la transformación del sistema de cupos por un sistema de cuota directa, basado en la estimación directa de la riqueza imponible de cada propietario de suelo rústico o de inmuebles urbanos. En segundo lugar, la modificación de la referencia espacial sobre la que se basa la tributación: en vez de los amirallamientos anteriores, e incluso de los lindes que aún se seguían del Catastro de Ensenada, se aplicará una representación cartográfica a escala. Todo ello para evitar fraudes y ocultación (67).

Los períodos posteriores están sujetos a los momentos políticos y los cambios de régimen establecidos, y no será sino a partir de la Ley de 26 de septiembre de 1941 en que se reanudarán los trabajos catastrales (68). Recordemos, finalmente, que cuando en 1964 se creó la cuota proporcional de la Contribución Rústica, se rompió una tradición de varias décadas, pues hasta esa fecha las normas que se habían dictado se habían aplicado a una y otra Contribución (69).

(65) Vid. JAIME GARCÍA AÑOEROS, «La Contribución Territorial Rústica y Pecuaria», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, XVI, 65-66 (1966), págs. 1309-1357.

(66) Es la opinión de AMPARO FERRER RODRÍGUEZ-JOSEFINA CRUZ VILLALÓN, «La Historia del Catastro de Rústica en España», en A. SEGURA MÁ-S-I. CANET RIVES (coords.), *El Catastro en España. Vol. II: De 1906 a la época actual* (Madrid, 1989), II, págs. 31-60.

(67) FONTANA cita varios ejemplos de los diferentes fraudes que se producían; vid. JOSEP FONTANA, *La Hacienda...*, págs. 46-47.

(68) Sobre estos períodos, vid. el estudio antes citado de FERRER RODRÍGUEZ-CRUZ VILLALÓN y el de MERCÉ TATJER MIR, «La Contribución Territorial Urbana a lo largo del siglo XX (1906-1979)», en A. SEGURA MÁ-S-I. CANET RIVES (coords.), *El Catastro en España...*, II, págs. 61-101.

(69) Para la evolución posterior de la CTRústica, vid. el trabajo ya citado de GARCÍA AÑOEROS; para una visión más actualizada, vid. JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA-EUGENIO SIMÓN ACOSTA (dirs.), *Manual de Dret Tributari Local* (Barcelona, 1987), págs. 201-228. Sobre la evolución de la CTU, vid. MERCÉ TATJER MIR, «La Contribución Territorial Urbana (1716-1906)», en A. SEGURA MÁ-S (coord.), *El Catastro en España...*, I, págs. 135-173. Vid. también el estudio de RAFAEL CALVO ORTEGA, «Medio siglo de Hacienda Municipal: Del Estatuto al Proyecto de 1974», en *Hacienda Pública Española*, 35 (1975), pág. 141 y sigs.

II. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL URBANA (CTU) (70)

13. La Reforma del sistema tributario de 1964 tuvo implicaciones fundamentales en el sistema impositivo español. Supuso la reestructuración de la exención de determinados impuestos y, a la vez, la aparición de nuevas figuras impositivas de acuerdo con el desarrollo económico del país (71).

Por lo que se refiere a la CTU y la elaboración de un verdadero Catastro Urbano, a partir de esa fecha se dan los pasos necesarios para disponer de un buen conocimiento de la riqueza urbana y disponer también de unas bases más objetivas para calcular la imposición sobre los bienes inmuebles urbanos. La regulación prevista por la ley de Reforma Tributaria para la CTU se estableció en el Decreto 1251/1966, de 12 de mayo, aprobando el Texto Refundido que vino a sustituir definitivamente la dispersión de normas anteriores.

Esta legislación aparece precisamente en el momento en que las ciudades españolas experimentan un crecimiento notable: el aumento demográfico supondrá la creación de nuevas viviendas. Hay que señalar que a partir de 1960 el monto de la CTU supera a la de rústica (72).

También se inicia en la década de los sesenta una situación nueva en lo que respecta a la propiedad inmueble urbana, debido a la difusión de la propiedad de ocupación regulada por la ley de 21 de julio de 1960. Esto supone la multiplicación del número de propietarios, así como la crisis del modelo tradicional de posesión rentista del inmueble (73).

El Texto Refundido de 1966, del que hablaremos más adelante de forma amplia, dará a la CTU un carácter de impuesto patrimonial encuadrado como un tributo a la cuenta de la Contribución General sobre la renta. La intención de la reforma de la CTU era, según HENRÍQUEZ, cambiar la escala de actuación pasando al polígono fiscal en lugar de la finca, así como también la variación del sistema de determinación de las bases imponibles, y establecer una estrecha colaboración con los Ayuntamientos (74).

(70) Vid. M. TATJER MIR, «La Contribución Territorial Urbana a lo largo del siglo XX (1906-1979)», cit.

(71) Vid. G. SOLÉ VILLALONGA, «Un juicio crítico de la Reforma Tributaria», en *Información Comercial Española*, agosto de 1964, págs. 87 a 96.

(72) Vid. JOSÉ TURPÍN VARGAS, *Manual de Contribución urbana* (Madrid, 1965), pág. 17.

(73) Sobre el tema, vid. M. TATJER MIR, *Burgueses, inquilinos y rentistas* (Madrid, 1988).

(74) Vid. RUBENS HENRÍQUEZ, *Contribución Territorial Urbana* (Bilbao, 1968), y «Acotaciones sobre contribución territorial urbana», en *Revista de Hacienda Pública Española*, 22 (1973), págs. 43-53.

Además del cambio que suponía el Texto de 1966 en la determinación de las bases impositivas, estableciendo un sistema de evaluación objetiva de los inmuebles en función del suelo y de la edificación, hay que señalar que la ley de 1964 ampliaba el objeto de la contribución urbana, pasando del estrecho concepto fiscal de solar al de suelo calificado, según las normas contenidas en la ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

La Orden de 6 de agosto de 1966 establecía las normas de implantación del Catastro de Urbana que quedará a cargo del Ministerio de Hacienda en estrecha colaboración municipal en cuanto a la implantación del nuevo régimen de exacción de la CTU. La Orden de 30 de abril de 1971 asignaba, en detrimento del Instituto Geográfico y Catastral, a la Subdirección General de Imposición Inmobiliaria, «la gestión de los tributos que recaigan sobre los rendimientos de la propiedad inmobiliaria y de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales, la formación y conservación de Catastro y Censos urbanos y agrarios y los trabajos de planimetría y fotografía con ellos relacionados» (75).

El Real Decreto 11/1979, de 20 de julio, introdujo modificaciones al Texto Refundido, en especial en cuanto a los coeficientes de actualización de los valores catastrales y al establecimiento de Consorcios compuesto por los Ayuntamientos y Administración Central con la consideración de Administración Tributaria, destinados a llevar a cabo las revisiones catastrales que debían efectuarse cada tres años.

La CTU, cuya vida como figura impositiva termina el 31 de diciembre de 1988, es sustituida por un nuevo impuesto, tributo directo de carácter real exigible por los Ayuntamientos a partir del 1 de enero de 1990 (76). El valor catastral se configura como un valor fiscal utilizable tanto por la Administración del Estado como por la autonómica y local (77). En este sentido, hay que relacionar brevemente las consideraciones del TS en cuanto al valor fiscal y al valor real de los bienes en expedientes de expropiación forzosa.

La propia Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (en su Exposición de Motivos), y diferentes sentencias (78), nos llevan a buscar una identidad entre los valores fiscales, el valor catastral y los valores reales de los bienes inmuebles (79). Por otro lado, la Ley del Suelo (80), y su Reglamento de Gestión

(75) Vid. JOSÉ M.^a CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario* (Madrid, 2000), págs. 595-596.

(76) Vid. SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, «El Catastro de Urbana. Presente y futuro», en A. SEGURA MÁ-S-I. CANET RIVES (coords.), *El Catastro en España...*, II, págs. 161-176.

(77) Según STS de 10 de marzo de 1986.

(78) STS de 21 de noviembre de 1960; STS de 24 de febrero de 1978.

(79) Sobre el tema, vid. CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, *Unidad o diversidad de valoración de inmuebles por Hacienda* (Madrid, 1991), en especial págs. 22-31.

(80) En especial a partir de la reforma introducida por la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Urbanística (aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 23 de junio) establecen que el valor urbanístico se determina en función del aprovechamiento que corresponda a los terrenos de acuerdo con su situación y conforme al rendimiento que a dicho aprovechamiento se atribuya a efectos fiscales, es decir, el valor catastral determinado en el Catastro Inmobiliario Urbano (81).

III. CONSIDERACIONES GENÉRICAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CTU (82)

14. Inicialmente, la CTU fue diseñada como un impuesto sobre el producto, *el rendimiento*, de la propiedad; así lo establecía tanto la legislación de Mon y Santillán a partir de 1844-1845 (como Contribución territorial única), como desde 1893 (desgajada de la rústica) (83). Posteriormente, las reformas parciales y diferentes desarrollos reglamentarios y normativos, en especial en las décadas finales del siglo xx, la han convertido, en la práctica, en un impuesto sobre el *valor*.

Esta situación era ya evidente en el Texto Refundido de la Contribución Urbana (TRCU) de 1966 (84).

Por una parte se configuraba la CTU como un tributo de producto: artículo 1.º (es un impuesto a cuenta); artículo 2.º (el hecho imponible se produce por la obtención de los rendimientos de los bienes); artículo 17 (la base imponible se obtiene a partir de la renta catastral).

Pero también existían indicios de la consideración de la CTU como un tributo sobre el valor: artículo 17.1 (la base imponible se determina, además, en función de su valor catastral); artículo 18.1 (el valor catastral se estima como la suma del valor del suelo y de las construcciones); artículo 18.2 (el valor del

(81) Sobre el tema, vid. en general: ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Urbanístico* (Madrid, 1997); JOSÉ LUIS CUETO BULNES, *Aprovechamiento urbanístico y unidades de ejecución* (Oñati, 1997), y «Las valoraciones urbanísticas», en *Revista de Derecho Urbanístico*, 109 (1988); y JOSÉ ANTONIO LÓPEZ PELLICER, «El sistema de valoraciones urbanísticas en la reforma de la Ley del Suelo», en *Revista de Derecho Urbanístico*, 126 (1992).

(82) Vid. sobre el tema: JOSEP ROCA CLADERA-CARLOS PÉREZ LAMAS, «Contribución Territorial Urbana», en *Revista de Derecho Urbanístico*, XXII (1988), págs. 57-82.

(83) Sobre la reforma de Mon, vid.: F. ESTAPÉ, *La reforma tributaria...*, en especial págs. 197 y 244; A. SEGURA MAS, «La reforma de Mon (1845) y los amirallamientos de la segunda mitad del siglo XIX», en *El Catastro en España...*, I, págs. 113-134. Sobre la situación anterior a la reforma de Mon, vid.: J. FONTANA, *Hacienda y Estado...*, en especial págs. 285-325; del mismo autor, *La Revolución Liberal...*, en especial págs. 215-345. Sobre los cambios posteriores a la reforma de Mon, vid. JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, «Contribución Territorial Urbana: objeto del tributo», en *Hacienda Pública Española*, 22 (1973), págs. 15-42, en especial pág. 21 y sigs.

(84) Decreto 1251/66, de 12 de mayo de 1966 (BOE de 30 de mayo).

suelo se determina a partir del rendimiento óptimo del mismo); el valor de las construcciones se estima sobre la base del método del coste de reposición; la renta catastral es, por regla general, el 4 por 100 del valor catastral.

A señalar que los artículos 20 y 21 ratificaban la concepción de la CTU como contribución sobre el rendimiento, y no sobre el producto de la propiedad inmobiliaria (85).

La Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, supuso el inicio del cambio de concepción hasta entonces mantenida al respecto. Esta Ley convierte la CTU en un tributo real de carácter *local*, separándola del IRPF y dejando de ser un impuesto «a cuenta». De este modo, la CTU perdía su «histórica» consideración de rendimiento al no estar ya directamente conectada con el impuesto que grava los rendimientos por excelencia (el propio IRPF).

Esta línea se continuará en el Decreto-ley 11/1979, de Medidas Urgentes de Financiación de las Corporaciones Locales, al generalizarse la CTU como un tributo sobre el valor capital, al determinar su artículo 2.º que «la renta catastral de los bienes urbanos, sin excepción alguna [será] el 4 por 100 de su valor catastral». Y la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1982, sobre «Normas técnicas para determinar el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana», amplió esta perspectiva al regular una metodología de evaluación catastral que generalizaba el valor catastral como la suma de valores relativos al suelo y a la construcción, excluyendo así cualquier planteamiento relacionado con la rentabilidad real de los inmuebles.

IV. LOS VALORES CATASTRALES Y SU FIJACIÓN EN LA CTU

15. a) ANTECEDENTES (86)

La base normativa sobre la que se apoya el procedimiento para la fijación de valores a efectos de la CTU se halla en el Texto Refundido aprobado por Decreto 1251/1966, de 12 de mayo. En su artículo 18 se fijan las normas generales para determinar los valores del suelo y la construcción, así como también el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana, que estará integrado por la suma de ambos valores. Esta suma vendrá afectada por la aplicación de un índice que atiende a las circunstancias en que la construcción no corresponda al aprovechamiento más idóneo del suelo.

(85) Estos artículos abordaban la temática de los alquileres intervenidos o congelados.

(86) Vid. F. GARCÍA DE VILLAR, «La fijación de valores en Contribución Territorial Urbana: procedimiento», en *Crónica Tributaria*, 49 (1984), págs. 57-74.

Este Texto Refundido de 1966 quedó superado como consecuencia de las sucesivas disposiciones que lo fueron modificando, y muy especialmente, por el Real Decreto-ley 11/1979, de 20 de julio, sobre medidas urgentes de financiación de las Corporaciones Locales. En esta última disposición se establece en forma transitoria la actualización de valores (con efectos a partir de 1 de julio de 1979), multiplicando por sendos coeficientes los valores catastrales vigentes en esa fecha, según el año de implantación del régimen catastral establecido por la Ley 41/1964, de 11 de junio.

En este Real Decreto-ley se establece a efectos de la fijación de valores, el que en la determinación del valor de la construcción ha de incluirse el importe de los honorarios de los profesionales que intervienen en las mismas, así como los gastos de su promoción y los tributos locales que las gravan. La misma normativa establecía también la derogación del procedimiento de las Juntas Mixtas de Valoración que se crearon al amparo del artículo 24 del Texto Refundido, así como el procedimiento de fijación de bases por los Jurados Tributarios.

Los acuerdos de valoración que adopte la Administración Tributaria serán recurribles en vía económico-administrativa y ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cuanto al procedimiento administrativo de fijación del valor y renta catastrales, en ese Real Decreto-ley se dispone que la Administración Tributaria fijará el valor básico del suelo por calles y polígonos; el de las construcciones; así como los índices de valoración y corrección.

Estas normas se fueron ampliando con las disposiciones sucesivas que en general fueron de tipo técnico, que si bien se consideraron apropiadas para la realización concreta de una finca específica, también es cierto que al tratarse de valoraciones tan amplias como las que se puedan referir al conjunto de fincas de un término municipal su aplicación no resultaba tan perfecta como sería deseable, pues hay que contar con una inevitable falta de datos de las fincas, cuya toma exhaustiva es muy difícil para un número elevado de fincas en un plazo de tiempo normal.

b) LAS REVISIONES CATASTRALES

El Texto Refundido (Decreto 1251/1966, de 12 de mayo) fijaba en su artículo 26 que la revisión de valores debería hacerse cada cinco años, en general para todos los términos municipales. Esta revisión no se cumplió, por lo que entró en juego, a efectos de la actualización de valores, los índices variables en función de la fecha de implantación del citado régimen catastral.

Posteriormente, y a partir de 1 de enero de 1981, los valores actualizados sufrieron una nueva actualización al multiplicarse por el coeficiente 1,35.

Finalmente, de acuerdo con la Ley General de Presupuestos del Estado para 1984 (87), se estableció una nueva actualización de valores no revisados por aplicación del coeficiente 1,36.

c) COMPETENCIA Y COORDINACIÓN DE VALORES

La fijación de valores a efectos de la CTU está encomendada a los Consorcios para la Gestión e Inspección de las Contribuciones Territoriales, de acuerdo con el punto B del artículo 19 del Real Decreto 1365/1980, de 13 de junio, por el que se regulan las competencias de los citados Consorcios.

De acuerdo con el artículo 28 del Texto Refundido de 1966, la fijación de valores la realizará el Ministerio de (Economía y) Hacienda, a través de su Inspección Central y de las Delegaciones de Hacienda, con la colaboración de los Ayuntamientos. Para establecer una coordinación entre las Instituciones, se reguló la coordinación de valores de los bienes de naturaleza inmobiliaria (88).

d) NORMATIVA TÉCNICA

El Ministerio de Hacienda, por Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1982, aprobó las «Normas técnicas para determinar el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana» (*BOE* de 5 de octubre de 1982) (89). Posteriormente, y por Orden Ministerial de 13 de junio de 1983, se aprobaron las «Normas sobre cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones, de aplicación en la revisión de los valores catastrales de los bienes de naturaleza urbana» (*BOE* de 21 de junio de 1983).

e) DELIMITACIÓN DEL SUELO

Previo a la fijación de valores es preciso hacer la delimitación del suelo sujeto a la CTU, dentro de cuyo perímetro han de tener aplicación los valores que más adelante se establezcan. Esta delimitación está regulada por la Instrucción de la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda, de 22 de septiembre de 1982 (*BOE* de 5-10-1982).

(87) Ley 44/1983, de 28 de diciembre (*BOE* de 30 de diciembre).

(88) Orden Ministerial de 1 de junio de 1981 (*BOE* de 15 de junio); fue derogada por otra Orden Ministerial de 29 de enero de 1982 (*BOE* de 11 de febrero), dictado con el mismo objetivo que la anterior.

(89) Modificada parcialmente por la Orden de 3 de julio de 1986 (*BOE* de 11 de julio; rect. en *BOE* de 8 de agosto), sobre normas técnicas para determinar el valor catastral.

La propuesta de delimitación del suelo sujeto se elabora por el Servicio de Catastro y Valoración de Urbana de los Consorcios, junto con una memoria explicativa de las características de los terrenos que son objeto de delimitación, motivando su consideración como tal suelo sujeto.

Quedan perfectamente definidos los terrenos para su deslinde, con la identificación de puntos geográficos de referencia, alineaciones, nombre de parajes, accidentes físicos y topográficos, así como todas las circunstancias que mejor definan los límites.

A efectos de su inclusión en el perímetro delimitado, tendrán la consideración de suelo sujeto al impuesto de la CTU aquellos terrenos con la calificación urbanística que se estableció en la citada Instrucción de 22-9-1982, según tengan o no aprobadas en el correspondiente término municipal Normas Subsidiarias o Plan General de Ordenación Urbana, y dentro de este caso en consideración de las circunstancias de que la aprobación haya sido hecha de acuerdo con la primitiva Ley del Suelo de 1956, o bien de acuerdo con la legislación posterior.

f) DIVISIÓN EN POLÍGONOS

El suelo delimitado que está sujeto a CTU, se divide en polígonos de actuación fiscal, delimitados según los siguientes criterios:

- a) Coherencia urbanística.
- b) Circunstancias que hagan aconsejable la unidad de actuación.
- c) Condiciones particulares de la ordenación urbanística.
- d) Cualquier otro motivo suficientemente justificado que aconseje la agrupación de terrenos y que deberá ser aprobado por el Consejo de Dirección del Consorcio o, en su defecto, por la Junta de Valoración prevista en el artículo 5 de la Ley 34/1980, según se expresa en las Normas Técnicas para determinar el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana.

g) FIJACIÓN DE VALORES

Debe seguirse el punto VIII de las «Normas sobre cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones, de aplicación en la revisión de los valores catastrales de los bienes de naturaleza urbana» (BOE de 21 de junio de 1983). La Comisión Superior de Coordinación Inmobiliaria de Urbana establece unas áreas económicas homogéneas, expresadas en el citado «Cuadro marco».

h) MÓDULOS

La edificabilidad vendrá expresada en metros cuadrados edificables sobre la rasante del terreno por metro cuadrado del mismo.

Los módulos base-áreas de suelo, o módulos de valor unitario de repercusión, podrán establecerse en forma diferenciada para los distintos usos del edificio que haya construido o pueda construirse sobre el terreno de referencia. Estos estarán sujetos a la aplicación de unas bandas de coeficientes del valor del suelo, comprendidas dentro de los límites del «Cuadro marco» (90), con indicación de los valores máximo y mínimo utilizables para cada uso.

Transmitidos a los Consorcios los módulos base-áreas de suelo y construcción, que son de aplicación en sus respectivas jurisdicciones, aquéllos formularán las propuestas de valores unitarios, permitiéndose una oscilación del 5 por 100 en más o en menos del valor del correspondiente módulo base-área de aplicación.

i) ÍNDICES CORRECTORES

Se establecen de acuerdo con las limitaciones, prescripciones y circunstancias que se fijan en las «Normas técnicas para determinar el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana» (*BOE* de 5 de octubre de 1992) y en las «Normas sobre cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones, de aplicación en la revisión de los valores catastrales de los bienes de naturaleza urbana» (*BOE* de 21 de junio de 1983).

Teniendo en cuenta de que el módulo base-área de suelo se refiere a terreno urbanizado, deberán hacerse las oportunas correcciones de aquél en función de las posibles circunstancias que afecten al suelo en las distintas calles o parajes, de acuerdo con su grado de urbanización. A tal efecto, se deducirá, en su caso, el porcentaje que establece el punto 2.1 de la regla 9 de las Normas Técnicas, si el terreno carece de alguno de los servicios urbanos (agua, luz, pavimentación, alcantarillado, etc.).

j) VALOR DE CALLES

Deben relacionarse las calles, incluso con diferenciación por tramos de distintas características, así como los distintos parajes, comprendidos en el término municipal considerado, expresando sus circunstancias urbanísticas (situación, ordenanza de aplicación, edificabilidad, grado de urbanización, etc.).

(90) F. GARCÍA DE VILLAR, «La fijación...», anexo I.

Esta relación de calles, completada con la asignación a cada una, e incluso a cada tramo de calle, de su correspondiente valor unitario, constituye lo que se denomina el estudio técnico-económico del municipio, en el que se podrá incluir un cuadro de coeficientes del valor del suelo que reflejen los máximos y mínimos aplicables para cada uso del suelo.

k) VALORES DE CONSTRUCCIÓN

Por lo que se refiere a las construcciones, debemos partir del «Cuadro de tipologías» correspondiente al «Catálogo de edificios y construcciones de carácter urbano» (91), modificado por el anexo a la regla 17 de las Normas Técnicas y por el anexo 3 del «Cuadro-marco de valores», correspondiente al «Cuadro de coeficientes del valor de las construcciones».

En este último se refleja la tipología de los edificios existentes en la demarcación del término municipal en estudio. Multiplicando el módulo base-área de construcción que corresponda al perímetro en estudio, por el índice asignado a cada tipo de construcción en el citado «Cuadro de coeficientes del valor de las construcciones», se obtiene el valor unitario asignado a cada uno de los tipos, en pesetas por metro cuadrado construido.

A este valor unitario habrá que aplicarse los índices correctores correspondientes, en función de la edad y estado de conservación del edificio.

l) PONENCIA

El Servicio de Catastro y Valoración de Urbana del Consorcio redacta para cada municipio el documento denominado «Ponencia», donde se recoge, junto al plano de delimitación del suelo sujeto a la antigua CTU (actual IBI) del término municipal, las distintas áreas económicas homogéneas que le han sido asignadas por la Junta Técnica Territorial de Coordinación Inmobiliaria Urbana, con sus correspondientes módulos base-áreas de suelo y construcción, así como los índices correctores de aplicación de ambos conceptos.

Igualmente se recoge en la Ponencia el estudio técnico-económico del suelo sujeto que se reflejará en la relación de calles y parajes del término municipal.

Por lo que se refiere al valor de las construcciones, se acompaña el correspondiente «Cuadro de tipologías de edificios y construcciones», adaptado a las existentes en el término municipal de que se trate. Este cuadro se com-

(91) Catálogo editado por el Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Economía y Hacienda.

plementará con los coeficientes del valor de las construcciones que son de aplicación, de acuerdo con el anexo del «Cuadro-marco de valores».

El Gerente del Consorcio elevará al Consejo de Dirección del mismo, para su aprobación, la Ponencia previamente informada por el jefe del Servicio de Catastro y Valoración de Urbana (92).

m) IMPUTACIÓN DE VALORES

Una vez aprobada la Ponencia y expuesta al público en forma preceptiva, el Servicio de Catastro y Valoración de Urbana realizará la aplicación individualizada de valores tipo de la construcción y básico del suelo y de sus índices correctores, cuyos valores individualizados por cada finca serán notificados personalmente a sus correspondientes propietarios.

La imputación de valores, *por lo que se refiere a la construcción*, se realiza por el denominado método «comparativo», que consiste en comparar el edificio cuyo valor unitario haya de establecerse, de acuerdo con su uso residencial, industrial, de oficinas, comercial, etc., con los tipos correspondientes del «Catálogo de edificios y construcciones de carácter urbano».

Una vez identificado el edificio con uno de los tipos del «Catálogo», lo cual debe hacerse por analogía, puesto que es prácticamente imposible la exacta coincidencia, se tomará el coeficiente que corresponda a este tipo del «Cuadro de coeficientes del valor de las construcciones» que se fija en el anexo del «Cuadro-marco de valores» (93).

Este coeficiente, multiplicado por el módulo base-área de construcción correspondiente al término municipal o demarcación en que esté situado el edificio considerado nos proporcionará el valor unitario sin depreciar del mismo, en pesetas/metro cuadrado edificado. A este valor unitario se le aplicarán los índices correctores oportunos antes citados, obteniendo así el valor unitario de la construcción, corregido, del edificio.

Por lo que se refiere *al valor del suelo*, se tomará el valor unitario de repercusión que venga reflejado en el estudio técnico-económico del municipio, en correspondencia con la calle o paraje donde esté situado el edificio. Aplicado a este valor unitario, el índice corrector que en su caso proceda, obtenemos el valor unitario de repercusión correspondiente al edificio objeto de estudio. Este valor unitario de repercusión se multiplica por la superficie construida sobre rasante del terreno del edificio en cuestión, obteniendo así el valor catastral del suelo. Multiplicando a su vez el valor unitario de la

(92) Real Decreto 1365/1980, de 13 de junio, artículo 15.c) (BOE de 9 de julio; rect. BOE de 23 de julio).

(93) F. GARCÍA DE VILLAR, «La fijación...», anexo 5.

construcción, corregido, por los metros cuadrados construidos del edificio, nos da el valor catastral de la construcción.

Sin embargo, todo este proceso no está exento de discusión y controversia, en especial cuando un mismo inmueble puede tener distinto valor según el impuesto que se deba aplicar (CTU; sobre el patrimonio; de Transmisiones Patrimoniales, etc.) (94).

n) VALORES CATASTRALES

De acuerdo con las Normas Técnicas, en el caso de un solar edificado su valor catastral viene definido por la suma de los valores del suelo y de la construcción cuyo procedimiento de obtención se ha expuesto anteriormente. Esta suma está afectada, en su caso, por un índice corrector por aprovechamiento distinto del más idóneo del suelo:

- a) Por depreciación funcional, en caso de construcción, diseño, uso o instalaciones inadecuadas y, en particular, en los casos de viviendas anteriores al año 1930, no rehabilitadas posteriormente y con superficie superior al doble de la normal en su tipo.
- b) Viviendas interiores, en que todos sus huecos de luces o ventilación abran a patios interiores de parcela.
- c) Fincas afectadas por reformas urbanísticas, expropiaciones, servidumbres, declaración de monumento histórico-artístico, o uso predominante cultural, docente, deportivo, asistencial o religioso, no lucrativo, y mientras permanezca en estas condiciones.

Todos estos índices vienen determinados con sus cuantías en las repetidas «Normas Técnicas».

Por lo que se refiere a la determinación del valor catastral de los solares sin edificar, éste se hará multiplicando la superficie del solar por el valor unitario que tenga asignada la calle o paraje de su situación, en el correspondiente estudio técnico-económico del municipio, corregido, en su caso, este valor unitario de calle por los oportunos índices en función de las condiciones intrínsecas del solar: longitud de fachada inferior a la mínima establecida por el planeamiento; configuración irregular o anómala; desmonte excesivo; profundidad del firme; grado de urbanización distinto del normal de la calle o paraje en que esté situado el solar que nos ocupa; inedificabilidad. Todos

(94) Vid. MARÍA LUISA OCHOA TREPAT, «La valoración de los inmuebles urbanos en el sistema tributario español», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 56 (octubre-diciembre de 1987), págs. 585-597.

estos índices correctores del valor del suelo quedan también determinados con sus cuantías en las Normas Técnicas y son de aplicación igualmente para el caso de que el suelo esté ocupado por una construcción (95).

V. LA CTU EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES VIGENTES EN MATERIA DE RÉGIMEN LOCAL DE 1986 (96)

16. a) INTRODUCCIÓN

El Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local de 1986 (97) reproduce los artículos principales de la regulación histórica de la CTU, en especial su consideración como impuesto sobre el producto o rendimiento de la propiedad; así, el artículo 252 indica que la CTU es un impuesto «sobre el importe de las rentas que anualmente producen o son susceptibles de producir» los bienes inmobiliarios. Y el hecho imponible de la CTU se relaciona con «la percepción, devengo o susceptibilidad de obtención de rendimientos» de los bienes calificados tributariamente de naturaleza urbana (art. 253).

b) BASE IMPONIBLE

Es el elemento principal que nos permite medir el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible. En el IBI, y por lo que se refiere a los inmuebles urbanos, la base imponible está constituida por la renta que se presume se deriva de los bienes de naturaleza urbana. Pero no es una renta real, sino presunta, por lo que la base imponible se establece (arts. 230, 266-269 del Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) en función de lo que se denomina como valor catastral y renta catastral.

En cualquier caso, si nos atenemos al artículo 266.4 del Texto Refundido, la base imponible es la renta neta presunta derivada de los bienes urbanos sujetos y no exentos.

(95) F. GARCÍA DE VILLAR, «La fijación...», anexo 2.

(96) Seguiremos en este apartado el trabajo citado de JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA-EUGENIO SIMÓN ACOSTA (dirs.), *Manual de Dret Tributari Local* (Barcelona, 1987), en especial el capítulo «La contribució territorial urbana», págs. 229-246.

(97) Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (BOE de 22 de abril).

c) VALOR CATASTRAL (98)

En el Texto Refundido no existe un concepto de valor catastral; la norma se limita a establecer que el valor catastral está formado por los valores del suelo y de la construcción, si procede, dando unas normas para fijar dichos valores. Por tanto, el valor catastral es el valor del suelo junto con el de las construcciones.

El valor del suelo se determinará en función del valor básico de los polígonos en que se ordena el término municipal, deduciendo el coste de las construcciones necesarias para conseguir aquel valor según las condiciones de uso y volumen permitidos. Partiendo de este valor básico, el valor de cada parcela se concreta aplicándole los coeficientes correctores necesarios según las características, situación y grado de urbanización que posean.

En definitiva, para *la valoración del suelo* se utiliza el valor de repercusión ponderado en función de las condiciones particulares de cada parcela. Si no se puede establecer el mencionado valor básico del suelo, se estará al que resulte del precio medio del mercado.

La valoración de las construcciones se ha de hacer atendiendo al valor de la reposición corregido en función de su fecha de construcción, destino, clase de edificación y posibilidades de renta, y el valor actual en el mercado. Para ello, las construcciones se han de clasificar de acuerdo con unos tipos básicos atendiendo a su uso, clase, modalidad, destino, categoría, etc.

En el Texto Refundido de régimen local también se hace referencia a la posibilidad de que el valor de los bienes urbanos sujetos se realice a través del valor del mercado en el supuesto que las normas mencionadas anteriormente no puedan ser aplicables (99). En este sentido, parece que se ha de entender el valor del mercado como el precio de la cotización que tenga o adquiera en el mercado, es decir, como sinónimo del importe que se tendría que pagar por una propiedad en un momento determinado. La valoración de las construcciones puede hacerse por aplicación de lo que se puede llamar «valor comparativo», es decir, aquél que se obtiene por comparación con otros bienes de igual naturaleza, según su destino, y de características análogas, cuyo valor y precio sean conocidos.

En definitiva, se valorarán en función del rendimiento óptimo en consideración al que corresponda normalmente por razón de su uso, o destino, o categoría. En caso contrario, se estará al que resulte del precio medio del mercado.

Una vez determinado el valor del suelo y de las construcciones podemos obtener el valor catastral, pero la suma de estos dos valores está afectada por

(98) Texto Refundido en materia de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, artículo 267 y sigs.

(99) Texto Refundido, artículo 267 *in fine*.

los siguientes índices: en primer lugar, debe incluirse en el valor de la construcción el importe de los honorarios de los profesionales que intervengan, los gastos de promoción y los tributos locales que la grava (100). En cuanto a los gastos de promoción deben incluirse todos aquellos que condicionen la utilización de un edificio, suministro de servicios públicos, etc. En cambio, no parece que puedan incluirse el beneficio de promoción y venta y los gastos financieros y tributarios que la puedan gravar.

En conclusión, el valor catastral podría considerarse como el valor medio en venta de los bienes urbanos gravados. Sin embargo, la base imponible debe establecerse no sólo en función del valor catastral obtenido por aplicación de los criterios normativos antes expuestos, sino también por la renta catastral (101).

d) RENTA CATASTRAL

Según el propio Texto Refundido, la renta catastral de los bienes urbanos será, «sin excepción alguna, el 4 por 100 del valor catastral respectivo, tanto si se trata de riqueza revisada como no revisada» (102). La renta catastral así obtenida constituye la renta bruta presunta de los bienes sujetos. Sin embargo, la base imponible está formada por la renta neta obtenida deduciendo de la renta bruta, es decir, de la renta catastral, los gastos estimados legalmente para su obtención.

De este modo, cuando se trata de edificios, sólo se permite la posibilidad de deducir determinados gastos cuando se trata de edificios. En efecto, se establece que la base imponible en los edificios es la cantidad resultante de aplicar a la renta catastral el descuento único del 30 por 100 en concepto de «huecos, reparos y servicios» (103). A nivel reduccionista, podría afirmarse que la base imponible de los edificios es la renta catastral reducida en un 30 por 100. En los otros casos, la base imponible es igual a la renta catastral, que se convierte, así, en renta neta para los bienes sujetos diferentes de los edificios.

e) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE

Como la determinación de la Base Imponible es una estimación objetiva, corresponde a la Administración su concreción. Al sujeto pasivo se le solici-

(100) Texto Refundido, artículo 267.1.a).

(101) Texto Refundido, artículo 266.1.

(102) Texto Refundido, artículo 268.

(103) Texto Refundido, artículo 269.1.

tan tan sólo la declaración de aquellos datos necesarios (especialmente las características físicas) para la valoración posterior de los inmuebles afectados. La falta de presentación de la declaración, o incluso su inexactitud, puede ser sancionada por la Administración (104). Asimismo, los sujetos pasivos están obligados a declarar cualquier alteración sustancial de orden físico o jurídico que se produzca con relación a los bienes afectados; además, la Administración puede rectificar, de acuerdo con las valoraciones que ella haya podido realizar, el valor asignado por el contribuyente, y fijar de manera definitiva el valor catastral. En estos casos, el contribuyente está obligado a presentar una autoliquidación e ingresar el importe de la cuota resultante, consignando, como valor, el de adquisición (105).

La base de esta contribución, pues, gira alrededor de la determinación del valor catastral. La formación, conservación y revisión catastral, y la valoración de los bienes corresponde al Estado, a través del Centro de Gestión y Cooperación Tributaria (106).

El punto de partida para el establecimiento de la base imponible es la determinación de los valores del suelo y de la construcción, de acuerdo con lo establecido en la Orden de 13 de junio de 1983, donde se recogen las normas técnicas de valoración de inmuebles. El servicio del Catastro redacta para cada municipio una «Ponencia» en el que se recogen, junto con el plan de delimitación del suelo sujeto, los módulos base, las áreas del suelo y construcción y los coeficientes correctores. Una vez aprobada la Ponencia por el Consejo de Dirección, y determinadas las bases imponibles, deben publicarse por edictos y notificarse individualmente a cada contribuyente. Todos los acuerdos de valoración son recurribles por la vía económico-administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa.

f) BASE LIQUIDABLE

El Texto Refundido sólo hace alusión a este concepto refiriéndose al tipo de gravamen, aunque solamente se limita a establecer el tipo impositivo que ha de aplicarse a la base liquidable con la finalidad de obtener la cuota tributaria (107). Por ello, hemos de partir del concepto legal establecido en la LGT y

(104) Ley General Tributaria, artículo 77 y sigs.

(105) Texto Refundido, artículo 271.3 y 4.

(106) Fue creado por la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985. Hay numerosas publicaciones editadas por el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria que tratan de su estructura y cometido, así como la revista periódica «Catastro». Entre otros trabajos, vid.: M. J. LLOMBART, «Catastro, valoración catastral y colaboración interadministrativa», en *Revista Palau* 14, 22 (enero-abril de 1994), págs. 187-198.

(107) Texto Refundido, artículo 272.1.

comprobar su posible aplicación a la CTU. El artículo 53 de la LGT establece que «se entiende por base liquidable el resultado de practicar, si procede, en la imponible, las reducciones establecidas por la Ley propia de cada tributo».

En vista de ello, se podría mantener (108) que la reducción prevista en el artículo 269 del Texto Refundido, relativa a la formación de la base imponible en los edificios, significa que éste es el concepto de base liquidable. Sin embargo, parece que concuerda más con la norma la interpretación que se traduce en el hecho que, cuando se habla de base imponible, se está concretando en los edificios. Es decir, si la base imponible es la renta neta presunta que se deriva de los bienes sujetos, la reducción prevista para los edificios constituye aquel gasto deducible legalmente, componente necesario para la determinación de la base imponible, pero en ningún caso la liquidable. Se puede afirmar, pues, que en general la base imponible coincide con la base liquidable, excepto en los casos en que se pueda aplicar alguna de las reducciones previstas (109).

VI. LA LEY 39/1988, DE 28 DE DICIEMBRE, REGULADORA DE LAS HACIENDAS LOCALES (LRHL)

17. a) INTRODUCCIÓN

Con esta Ley se clarifica definitivamente la concepción y naturaleza del tributo, en el sentido de reafirmar su carácter de impuesto sobre el valor. Así, se considera al IBI (que sustituye a la antigua CTU y CTRústica) como un tributo directo de carácter real (art. 61), cuyo hecho imponible se fija precisamente en la propiedad inmobiliaria y no en la percepción o devengo efectivo de rendimientos. Además, la base imponible se calculará sobre el valor de los bienes inmuebles (art. 66.1) y no sobre su renta catastral; finalmente, el valor catastral se referirá al valor de mercado (art. 66.2), y estará integrado por el valor del suelo y el de las construcciones (art. 67).

b) LA VALORACIÓN CATASTRAL EN LA LRHL

Según J. ROCA y C. PÉREZ (110), un problema fundamental hasta la promulgación de la LRHL era que la coordinación de valores, a través

(108) Vid. «La Contribució Territorial Urbana», en FERREIRO-ACOSTA (dirs.), *Manual de Dret Tributari Local*, 241.

(109) Texto Refundido, artículo 261.

(110) JOSEP ROCA CLADERA-CARLOS PÉREZ LAMAS, *Contribució Territorial...*, págs. 61-76.

del cuadro-marco implantado desde 1983, no había sufrido modificación desde entonces (111). Por este motivo, los valores catastrales no guardaban relación funcional con los valores reales del mercado, impidiendo de este modo una valoración directamente relacionada con la realidad del mercado inmobiliario (112).

La LRHL introdujo unos cambios de fondo en la que podría denominarse «filosofía» de la valoración catastral. El artículo 66 plantea los aspectos esenciales de este cambio: la base imponible será equivalente al valor de los bienes inmuebles, y valor de los bienes inmuebles equivaldrá a valor catastral de los mismos, siendo el valor catastral el fijado tomando como referencia el valor de mercado de los bienes, sin que en ningún caso el valor catastral pueda exceder de este valor de mercado.

Por su parte, el artículo 68.1 afirma que «el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana estará integrado por el valor del suelo y de las construcciones». Es, pues, una metodología «aditiva», no siempre satisfactoria, según algunos autores (113), en el que caben distintos sistemas de aplicación de la metodología del coste, que finalmente se ha inclinado por un sistema de valoración por comparación en función a un catálogo de edificios y cuadro-marco, que define el uso, clase, modalidad y categoría de los mismos (114).

Las propuestas que en su día hicieron ROCA y PÉREZ (115) siguen gozando de gran interés. Es preciso, en primer lugar, acercarse definitivamente a la consideración del valor del mercado como base imponible del impuesto. Por otro lado, convendría desarrollar un sistema que permita una amplia pluralidad de métodos y técnicas de tasación, todo ello sin olvidar una amplia y necesaria flexibilidad en función de las distintas realidades urbanas y de gestión de los métodos de tasación utilizados. Finalmente, destacar la conveniencia de replantearse el sistema de coordinación de valores previsto en el

(111) La Orden Ministerial de 31 de julio de 1985 prorrogó el Cuadro-Marco para el período 1985-1987, y la Orden de 6 de abril de 1988, a su vez, lo hizo por otro trienio.

(112) Vid., por ejemplo, JOAQUÍN CLUSA ORIACH, *Estudios económico-financieros de los planes generales* (Madrid, 1979), donde se ponía de manifiesto tanto el fuerte incremento de la revalorización del suelo como las dificultades para encajar el precio de las VPO en el Cuadro-Marco.

(113) J. ROCA CLADERA-C. PÉREZ, *Contribución Territorial...*, págs. 78-79.

(114) Vid., en este sentido, la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1989 (*BOE* de 30 de diciembre; rect. *BOE* de 2 de febrero de 1990), por la que se dictan normas técnicas de valoración y cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana. Esta Orden fue sustituida por el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio (*BOE* de 22 de julio; rect. *BOE* de 22 de septiembre), en un intento por establecer una correlación con la normativa urbanística. Finalmente, por Orden de 24 de enero de 1995 (*BOE* de 2 de febrero) se aprueba el módulo de valor (M) para la determinación de los valores de suelo y construcción de los bienes inmuebles de naturaleza urbana en las valoraciones catastrales.

(115) J. ROCA CLADERA-C. PÉREZ, *Contribución Territorial...*, págs. 80-82.

Cuadro-Marco, procediendo a un estudio más sistemático y adecuado que corrija los desajustes más acusados (por ejemplo, el sistema de coeficientes). En el mismo sentido se pronunciaba algún otro autor (116).

c) LOS RECURSOS FINANCIEROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

c.1) *Introducción* (117)

El municipio ocupa el centro del complejo conglomerado de entidades locales reconocidas por el ordenamiento (CE, arts. 137, 140-142 y 152). De acuerdo con el artículo 142 de la CE, los tributos y participaciones han de ser la base del sistema financiero municipal, pero no deben ser los únicos ingresos de las Corporaciones Locales, que deben contar con otros ingresos.

La gama de recursos con que pueden contar las Corporaciones Locales permiten distinguir dentro de ellos diferentes grupos utilizando los distintos criterios de clasificación de uso habitual en Derecho financiero. Así, se puede hablar de ingresos ordinarios o extraordinarios, y de ingresos de Derecho público o de Derecho privado.

Conforme al artículo 26 de la LGT, los tributos pueden ser impuestos, tasas y contribuciones especiales.

c.2) *El poder tributario de las Corporaciones Locales*

De acuerdo con los artículos 133.1 y 2, y 31.3 de la CE, tanto las Comunidades Autónomas como las Corporaciones Locales pueden establecer tributos. Pero las Corporaciones Locales no pueden crear *ex novo* tributos, puesto que no pueden crear leyes que los establezcan. Por tanto, las Corporaciones Locales sólo pueden «establecer» tributos en el sentido de poner en vigor, dotar de fuerza y de aplicación efectiva a los impuestos ya creados por una Ley estatal o autonómica.

(116) Vid. J. M.^a MUNIESA TOMÁS, «La coordinación de valores en la Contribución Territorial Urbana: medios y procedimiento», en *Crónica Tributaria*, 49 (1984), págs. 119-126. Para una panorámica más general, vid.: J. MARÍN MARTÍNEZ, «Valoración de bienes inmuebles en derecho tributario», en *Revista Técnica Tributaria*, 11 (1990); M. TARAZONA MARTÍ, «La valoración de los bienes inmuebles en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales», en *Revista Palau* 14, 7 (enero-abril 1989), págs. 79-99.

(117) Sobre estos aspectos, vid.: JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, «Los impuestos de las Corporaciones Locales», en FERREIRO LAPATZA-CLAVIJO HERNÁNDEZ-MARTÍN QUERALT-PÉREZ ROYO-TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial* (Madrid, 2003), págs. 857-902.

Las Corporaciones Locales establecen sus propios tributos por medio de las Ordenanzas Fiscales, ejercitando su poder tributario dentro del marco señalado por la Ley. La normativa fundamental, en relación con estas Ordenanzas, está contenida en los artículos 106, 107 y 111 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), y en los artículos 115 a 119 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (LRHL).

c.3) *Análisis del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, según los artículos 61 a 78 de la Ley 39/1988*

Dejando ahora a un lado las modificaciones posteriores de la Ley 39/1988 (118), así como también las normas que indirectamente se referían al valor catastral (119), o en general al suelo y el régimen urbanístico (120), examinemos seguidamente las características generales del IBI.

a) Naturaleza

Es un impuesto directo sobre el patrimonio o el capital inmueble, puesto que grava la titularidad de los bienes inmuebles con independencia de su producto o de la renta que de ellos se deriva. Se trata, además, de un impuesto real y objetivo.

b) Objeto

El impuesto tiene por objeto los bienes inmuebles. Dentro de ellos hay que diferenciar, a efectos de su cuantificación, los bienes inmuebles urbanos

(118) Téngase en cuenta la modificación aprobada por el Real Decreto-ley 5/1997, de 9 de abril (BOE de 11 de abril), y la Ley 53/1997, de 27 de noviembre (BOE de 28 de noviembre), en especial por lo que se refiere a la reducción en la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Sobre el tema en general, vid. JOAN PAGÉS I GALTÉS, «La reforma de las Haciendas Locales en aras a la consecución del principio de suficiencia financiera», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 114 (abril-junio de 2002), págs. 193-228.

(119) Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales-Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre); entre otras medidas, establece la obligatoriedad de que la referencia catastral figure en el Registro de la Propiedad al realizar determinadas inscripciones; vid. MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, «La referencia catastral en los documentos inscribibles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (= RCDI)*, 641 (1997), págs. 1365-1378; y EDUARDO JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA, «Relaciones Catastro-Registro», en *RCDI*, 641 (1997), págs. 1379-1408.

(120) Con relación a la Ley 8/1990, de 25 de julio (BOE de 27 de julio), vid. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del Suelo* (Madrid, 1990).

y los bienes inmuebles rústicos, diferenciando, a su vez, dentro de estas dos categorías, dos clases o tipos de bien: el suelo y las construcciones.

El suelo urbano se define por su destino: es suelo urbano el que sirve de base a una construcción urbana y el que, según la Ley, está destinado por su situación o condiciones o por su extensión a servir de base a una construcción urbana.

La construcción urbana se define en forma negativa: es aquella que no tiene la consideración de construcción rústica.

La construcción rústica se define igualmente por su destino: son construcciones rústicas los edificios e instalaciones situadas en terrenos de naturaleza rústica que sean indispensables para una explotación agrícola, ganadera o forestal. El suelo rústico se define en forma negativa: es suelo rústico aquel que no tiene la consideración de urbano.

Los conceptos de suelos rústico y de construcción urbana adquieren, pues, un carácter residual. Todos los terrenos que no son urbanos son rústicos, y todas las construcciones que no son rústicas son urbanas.

El suelo urbano y las construcciones rústicas se definen por su destino.

Así, según la Ley, es suelo de naturaleza urbana:

1. El suelo urbano, el susceptible de urbanización, el urbanizable programado o urbanizable no programado desde el momento en que se apruebe un programa de actuación urbanística. Estos conceptos deben ser entendidos en su sentido técnico-jurídico de acuerdo con el resto del ordenamiento y en especial con la legislación urbanística (121).

2. Los terrenos que dispongan de vías pavimentadas o encintado de aceras y cuenten además con alcantarillado, suministro de agua, suministro de energía eléctrica y alumbrado público.

3. Los ocupados por construcciones de naturaleza urbana.

4. Los terrenos que se fraccionen en contra de lo expuesto en la legislación agraria, siempre que tal fraccionamiento desvirtúe su uso agrario.

Son construcciones rústicas los edificios e instalaciones de carácter agrario que, situados en los terrenos de naturaleza rústica, sean indispensables para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales.

La Ley define el suelo rústico como «los terrenos que no tengan la consideración de urbanos».

Por último, las construcciones urbanas están definidas por los siguientes elementos: los edificios, sean cualesquiera los elementos de que estén cons-

(121) Vid., entre otros, ENRIC ARGULLOL MURGADAS, *Estudios de Derecho Urbanístico* (Madrid, 1984); ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Urbanístico* (Madrid, 1992); TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico* (Madrid, 2001); RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Urbanístico* (Madrid, 1999).

truidos, etc.; las obras de urbanización y mejora, como las explanaciones y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos.

Para FERREIRO (122) los conceptos clave para delimitar los bienes de naturaleza rústica y urbana son dos: el suelo urbano y la explotación rústica. Pero, «dado que el suelo urbano se define por su destino como aquél que está ocupado o pueda estar ocupado por una construcción urbana y ésta se define como aquélla que no es rústica, es decir, como aquélla que no es indispensable para una explotación rústica, el concepto de explotación rústica se erige en clave de bóveda de toda la distinción».

La LRHL no define lo que es una explotación rústica; en cambio, sí lo hace la Ley del IVA, atendiendo a su objeto: son aquellas explotaciones que obtengan directamente productos naturales, vegetales o animales (123). En su día, la Ley de 11 de junio de 1964 (hoy derogada) definió la explotación rústica (art. 71) como «el conjunto de cabezas de ganado o cualquier extensión de terreno, aunque esté compuesto por varias parcelas, lindes o no entre sí, siempre que una u otras constituyan una unidad orgánica que, en forma técnicamente autónoma, tenga por objeto la producción ganadera, agrícola o forestal cuyos riesgos se asuman por la persona o entidad que las realiza».

Por su parte, la jurisprudencia ha intentado delimitar el concepto de explotación rústica. Así, se parte de la base que no pueden darse normas generales sobre lo que constituye una explotación (124), el Tribunal Supremo ha mantenido que la insuficiencia de los rendimientos, el excesivo valor del terreno o la desproporción entre éstos y aquéllos determina la inexistencia de una explotación (125).

FERREIRO, partiendo de la aplicación de los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales, considera como criterio básico para determinar la existencia de una explotación agrícola, ganadera o forestal, el del objeto de la explotación, es decir, la obtención de productos naturales, vegetales o animales, siempre que estos productos «guarden proporción con los medios materiales y personales ordenados para conseguirlos» (126).

(122) JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, pág. 709.

(123) Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA (*BOE* de 29 de diciembre; rect. *BOE* de 8 de febrero de 1993), artículo 125 y sigs.

(124) STS de 8 de junio de 1983; STS de 9 de diciembre de 1985; STS de 7 de noviembre de 1986.

(125) STS de 14 de octubre de 1975; STS de 27 de febrero de 1981.

(126) JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, pág. 710.

c) Hecho imponible y devengo

Constituye el hecho imponible la titularidad de un derecho de propiedad, de un derecho real de usufructo o superficie o de una concesión administrativa sobre los bienes sujetos a gravamen o sobre los servicios públicos a los que éstos están afectos.

El impuesto se devenga el primer día del período impositivo, que coincide con el año natural.

d) Base imponible. El valor catastral (127)

La base imponible es el valor de los bienes inmuebles. Este valor es el valor catastral fijado por la Administración. Para fijar el valor catastral, la Administración ha de tomar como referencia el valor de mercado, que se sitúa como límite máximo del valor catastral.

e) El valor catastral. Procedimiento de determinación (128)

Para calcular el valor del suelo urbano, la Administración debe tener en cuenta «las circunstancias urbanísticas que le afecten». El valor del suelo rústico se calculará capitalizando, al interés que reglamentariamente se establezca, las rentas reales o potenciales del mismo, según la aptitud de la tierra para la producción, los distintos cultivos y aprovechamientos y sus características catastrales.

Para calcular el valor de las construcciones urbanas, la Administración deberá tener en cuenta sus condiciones urbanístico-edificatorias, su carácter histórico-artístico, su uso o destino, su calidad y antigüedad y cualquier otro factor que pueda incidir en el mismo. Estos mismos criterios, en cuanto sean aplicables a ellas, deberán seguirse para calcular el valor de las construcciones rústicas.

(127) La Ley 53/1997, de 27 de noviembre (BOE), modificaba parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reduciendo la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

(128) Vid. SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, «Cálculo del valor catastral», en *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, 65 (1992), págs. 275-288; JAVIER SARASA PÉREZ, «El valor catastral: su relación con el valor de mercado y su presencia en el ordenamiento tributario», en *Revista de Hacienda Local*, 82 (enero-abril de 1998), págs. 17-41. JUAN ENRIQUE VARONA ALABERN, *El valor catastral: su gestión e impugnación. Análisis jurídico de la gestión catastral y de la gestión tributaria en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles* (Pamplona, 2001, 3.ª ed.). JOSÉ FRANCISCO FERNÁNDEZ GARCÍA, *El Catastro y el justiprecio del suelo* (Pamplona, 2004).

De acuerdo con estos criterios, la Administración determina los valores catastrales, mediante las siguientes etapas procedimentales (129):

- a) Delimitación del suelo urbano, que antes de su aprobación debe ser publicada por edictos. Los actos de aprobación serán susceptibles de recurso económico-administrativo.
- b) Elaboración de ponencias de valores en las que se recogen los criterios, tablas de valoración y demás elementos precisos para fijar los valores catastrales. Las ponencias se publican por edictos y son recurribles en la vía económico-administrativa.
- c) Notificación individual de los valores a cada sujeto pasivo. El valor notificado puede ser recurrido en la vía económico-administrativa.

En ningún caso el recurso puede suspender la ejecutoriedad del acto. Los valores catastrales así fijados debían ser revisados cada ocho años, que con la nueva redacción que dispone el artículo 7.2 del Real Decreto-ley 5/1997, de 9 de abril, pasa a diez años.

Los Catastros Inmobiliarios Rústico y Urbano son, en esencia, un Registro de Bienes Inmuebles en el que figuran un conjunto de datos y descripciones referentes a los mismos, «con expresión de superficies, situación, linderos, cultivos o aprovechamientos, calidades, valores y demás circunstancias físicas, económicas y jurídicas que den a conocer la propiedad territorial y la definan en sus diferentes aspectos y aplicaciones» (LRHL).

f) Cuota y tipo

La cuota resulta de la aplicación a la base imponible, el valor catastral, del tipo de gravamen. El tipo general es el del 0,4 por 100 para los bienes de naturaleza urbana, y el 0,3 por 100 para los de naturaleza rústica. Los Ayuntamientos pueden, sin embargo, incrementar o reducir los tipos generales dentro de los límites fijados por la Ley.

(129) Aun manteniendo los criterios generales que a continuación se exponen, el artículo 28 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (*BOE* de 31 de diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social ha modificado alguna de las etapas, en especial para adaptarlas a lo dispuesto por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (*BOE* de 27 de noviembre), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA LEY 48/2002,
DE 23 DE DICIEMBRE, DEL CATASTRO INMOBILIARIO

18. La evolución histórico-jurídica de la antigua contribución catastral, actual IBI, nos permite observar con más detenimiento cómo se entrecruzan en su propia existencia y evolución posterior tanto la predominante voluntad recaudatoria de la Administración en sus diversas formas como el instrumento de conocimiento y control de la riqueza inmueble del país, y, por consiguiente, de la actividad económica que ella genera.

ANTONI SEGURA ha dicho que la historia del Catastro es, hasta cierto punto, «una historia inacabada» (130), basándose en las deficiencias que presenta a lo largo de la historia la documentación catastral, a fin de que sea reflejo fiel de la realidad, y que evidentemente escapa a nuestros propósitos.

En cualquier caso, la concepción del Catastro, más como fuente de información que como instrumento de recaudación, se va imponiendo lentamente en nuestro ordenamiento jurídico: la lectura de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, es muy indicativa al respecto (131).

A señalar, finalmente, cómo la presencia de la Administración Local en relación con el Catastro ha ido evolucionando a lo largo de las décadas, pasando por momentos de simple actividad delegada de tipo recaudatorio a épocas en que los Ayuntamientos han adquirido un protagonismo superior en tanto que gestores de la aplicación del impuesto e incluso de la valoración y/o estimación de la riqueza impositiva.

Estas perspectivas y consideraciones han sido recogidas en la reciente Ley 48/2002, del Catastro Inmobiliario (132). Ya en la Exposición de Motivos se señalan algunas de sus singularidades. En primer lugar, se afirma que «La historia del Catastro en España discurre pareja al nacimiento y evolución del Estado moderno». Por otro lado, «...junto a su finalidad tributaria», el Catastro ha visto surgir la necesidad de que «...la información que contiene sea utilizada para otras muchas actividades, tanto públicas como privadas,

(130) Vid. A. SEGURA MAS, «El Catastro en la Historia de España», en A. SEGURA MÀS-I. CANET RIVES (coords.), *El Catastro en España...*, II, págs. 115-137. Es una excelente síntesis de la situación actual y perspectivas de futuro, sin olvidar los estudios que en el mismo volumen presentan MANUEL MOYA RODRÍGUEZ, «El Catastro de Rústica. Presente y futuro», págs. 139-160, y SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, «El Catastro de Urbana. Presente y futuro», págs. 161-176.

(131) Vid. la Disposición Adicional 4.^a de la citada Ley, donde se define el Catastro como un instrumento «para conocer la propiedad territorial».

(132) Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario (BOE de 24 de diciembre). Una primera valoración en JUAN ENRIQUE VARONA ALABERN, «Luces y sombras de la nueva normativa catastral», en *Quincena Fiscal Aranzadi* 16 (2003). Vid. también el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

evolucionando hasta convertirse en lo que es hoy: una gran infraestructura de información territorial disponible para todas las Administraciones Públicas, fedatarios, empresas y ciudadanos en general» (133). Finalmente, se reconoce una participación más destacada a la Administración Local, puesto que los Ayuntamientos desempeñarán «...un mayor protagonismo en la gestión del Catastro» (134).

La Ley, a «...los exclusivos efectos catastrales», establece una diferenciación entre bienes inmuebles urbanos, rústicos o de características especiales, dependiendo de la naturaleza de su uso (135).

Otra novedad destacable de la Ley es la regulación del procedimiento de incorporación de los bienes inmuebles al Catastro Inmobiliario (art. 4), que puede realizarse mediante alguno de los procedimientos contemplados: declaraciones, comunicaciones y solicitudes; subsanación de discrepancias; inspección catastral, y valoración catastral. En este último caso, el valor catastral estará formado por el valor catastral del suelo y el valor catastral de las construcciones. Pero estos valores tendrán en cuenta varios factores: localización del inmueble, coste de ejecución material de la construcción, gastos de producción, «circunstancias y valores de mercado», y «...cualquier otro factor relevante que reglamentariamente se determine» (136), lo que no deja de provocar una cierta indefinición al respecto. Si bien es cierto que posteriormente se afirma que «...el valor catastral de los inmuebles no podrá superar el valor de mercado, entendiéndose por tal el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas» (137).

En definitiva, desde la «magna averiguación catastral» del Marqués de la Ensenada, así descrita en la Exposición de Motivos, hasta esta recientísima Ley, el Catastro ha pasado de ser una contribución impositiva de la Corona a un impuesto cuya exacción corresponde a los Ayuntamientos, convirtiéndose, de paso, en un poderosísimo instrumento de información patrimonial.

DOCTOR ANTONIO JORDÁ FERNÁNDEZ
Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad Rovira y Virgili (Tarragona)

(133) Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, Exposición de Motivos I.

(134) Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, Exposición de Motivos III.

(135) Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, artículo 2.

(136) Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, artículo 8.2.e).

(137) Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, artículo 8.3.

Certificación registral: Valor probatorio en el proceso

SUMARIO: I. HACIA UN NUEVO DERECHO REGISTRAL PROCESAL.—II. LA PRUEBA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—III. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS DE DERECHOS: 1. EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN EL PROCESO. 2. FUERZA PROBATORIA DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL COMO DOCUMENTO PÚBLICO SEGÚN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—IV. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LA EJECUCIÓN DINERARIA O EJECUCIÓN FORZOSA ORDINARIA: 1. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA ALZAR EL EMBARGO MEDIANTE LA TERCERÍA REGISTRAL. 2. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LA PREFERENCIA (RANGO) A EFECTOS DE VALORACIÓN DE LOS INMUEBLES PARA LA SUBASTA. 3. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS PERSONAS A LAS QUE SE HA DE COMUNICAR LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO. 4. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS POSTERIORES CUYA CANCELACIÓN HA DE DECRETAR EL MANDAMIENTO CANCELATORIO. 5. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS ANTERIORES QUE HAN DE SUBSISTIR Y EN CUYA RESPONSABILIDAD SE SUBROGA EL ADJUDICATARIO.—V. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: MODALIDADES.—VI. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SUPUESTOS: 1. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD COMO ÚNICO MEDIO DE PROBAR LA INSCRIPCIÓN Y SUBSISTENCIA DE LA HIPOTECA QUE SE EJECUTA. 2. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD COMO PRUEBA PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO. 3. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA COMO PRUEBA PARA EL EJERCICIO DE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN.—VII. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: FUNCIONES. NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN: 1. FUNCIONES DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS. 2. NOTA MARGINAL DE SU EXPEDICIÓN.—VIII. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SUPUESTOS: 1. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL TITULAR REGISTRAL. 2. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS

COMO PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN QUE IMPIDE LOS ACUERDOS CANCELATORIOS FUERA DEL PROCEDIMIENTO. 3. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PROCESAL PARA EL SOBRESIMIENTO DE LA EJECUCIÓN SI DE LA MISMA RESULTA LA INEXISTENCIA O CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA. 4. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA CONOCER LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES QUE SE SUBASTAN. 5. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS POSTERIORES A LA HIPOTECA CUYA CANCELACIÓN DECRETA EL MANDAMIENTO CANCELATORIO. 6. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS ANTERIORES A LA HIPOTECA QUE HAN DE SUBSISTIR Y EN CUYA RESPONSABILIDAD SE SUBROGA EL ADJUDICATARIO. 7. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO FUNDAMENTO PARA LA CALIFICACIÓN DE DETERMINADOS EXTREMOS DE LAS INSCRIPCIONES Y CANCELACIONES A QUE DÉ LUGAR EL PROCEDIMIENTO.—IX. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD COMO PRUEBA DEL DERECHO INSCRITO Y FUNDAMENTO ÚNICO DE LA ACCIÓN REGISTRAL.

I. HACIA UN NUEVO DERECHO REGISTRAL PROCESAL

En los tratados y manuales de Derecho Hipotecario o de Derecho Registral Inmobiliario se suele dedicar un apartado al estudio de las relaciones del Derecho Registral con otras disciplinas jurídicas (1). Las razones de la relación con la respectiva disciplina obedecen a la circunstancia de que la función esencial del Derecho Registral es la de dotar de publicidad jurídica a los «actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles» (art. 2.1.º LH). Y esos actos y contratos los encontramos —al menos desde que, en el siglo XIX, se produce el fenómeno histórico de la dispersión científica del Derecho— no sólo en el campo del viejo Derecho Civil como Derecho Común, sino en un amplio campo multidisciplinar en el que se crean o definen derechos sobre inmuebles que necesitan de la publicidad jurídica institucional para superar el ámbito meramente personal de las partes y crear una nueva relación jurídica, la relación registral, que va a afectar a todos, proporcionando el máximo de efectos y de seguridad jurídica a aquellos actos y contratos.

En un reciente trabajo del Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registrador de la Propiedad y profesor universitario, don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, se alude a «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal...» (2).

(1) Yo mismo lo he hecho en mi modesto manual de Derecho Registral: *Derecho Registral Inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios*. Centro de Estudios Registrales, vol. I, Madrid, 1991, pág. 231 y sigs.

(2) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamien-

Hablar de «Derecho Hipotecario Procesal», va más allá de la idea de mera relación entre disciplinas. La inscripción o no inscripción de los bienes de las entidades locales, por ejemplo, incluso concebida como obligatoria, no va a ser decisiva en el funcionamiento del ente público. En cambio, la importancia de la idea registral o de publicidad en el Derecho Mercantil es tal, que la publicidad se convierte en esencia del sistema mercantil, más allá de lo que pudiera ser la inscripción o publicidad esporádica de algunos actos o contratos mercantiles.

¿Ocurre lo mismo con el Derecho Procesal? O más directamente: ¿Puede llegar a buen fin el proceso judicial prescindiendo de la publicidad registral? Porque, si no puede, la publicidad se convierte, en alguna medida, en esencia o parte inseparable del sistema y, quizá, habría motivos para hablar de la oportunidad de un Derecho Registral Procesal.

En esta línea, dice el profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (3): «La reforma procesal del procedimiento ejecutivo instaura un sistema de comunicación permanente entre el Registro y el Juzgado, fomenta el conocimiento y la participación de titulares registrales anteriores y posteriores en el proceso ejecutivo (identificados en la certificación de cargas) y tutela muy especialmente al tercer poseedor, especialmente si está identificado por el propio Registro».

Quiero destacar que las reflexiones que hago ahora tienen su origen en el propio campo procesalista. Con ocasión de la preparación de unas oposiciones en la Facultad de Derecho de Córdoba, el Catedrático de Derecho Procesal, don MANUEL PELÁEZ DEL ROSAL, me pidió que le ayudara a confeccionar un Programa de Derecho Registral Procesal, que él quería presentar como novedad de su patrocinado, por la importancia extraordinaria que en la nueva LEC tenía el Derecho Registral y que, a su juicio, ofrecía base suficiente para elaborar una disciplina con propia entidad.

Confeccioné aquel programa, sin elucubraciones personales, partiendo de los textos literales de la LEC, y resultaron quince apretadas lecciones, que era un límite prefijado, pero no porque no pudieran haber sido muchas más. La simple mención de las rúbricas de este programa permite observar que no hay exageración interesada en la idea de un Derecho Registral Procesal: Nociones generales. Publicidad registral y proceso. Títulos judiciales: calificación y recursos. Anotación preventiva y proceso. Anotación preventiva de demanda. Anotación preventiva de embargo. Otras anotaciones preventivas judiciales.

to Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000, pág. 1857 y sigs.

(3) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ ANTONIO, «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, julio-agosto de 2002, pág. 1485 y sigs.

Certificación y títulos en la ejecución forzosa. Ejecución ordinaria. Ejecución hipotecaria. El Registro de la Propiedad y la prueba en el proceso. Procesos especiales relacionados con el Registro de la Propiedad.

El tema me resulta tan sugestivo que, a partir de la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en vigor el 8 de enero de 2001), esta es la quinta vez que me ocupo de las cuestiones de relación entre el Registro y dicha Ley (4).

Como no es posible acometer ahora un análisis global de este nuevo «Derecho Registral Procesal», voy a intentar centrarme en un instrumento de excepcional valor probatorio en el proceso, cual es la certificación registral. Y digo, genéricamente, «en el proceso», pues su valor se extiende tanto a los procesos declarativos de derechos como a la ejecución forzosa, especialmente a la llamada por la LEC «ejecución dineraria», con las «particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados y pignorados». Como vamos a ver, el rastreo de los textos de la nueva LEC nos muestra tal multiplicidad de campos de utilización de la certificación registral en el ámbito procesal, que se llega a la conclusión de que, sin este instrumento, el proceso sería inviable, tendría que buscar otros cauces de garantía y de dinamismo procedimental.

II. LA PRUEBA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El Libro II «De los procesos declarativos», Título I «De las disposiciones comunes a los procesos declarativos», trata en su Capítulo V «De la prueba:

(4) Los trabajos anteriores son: «La publicidad registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, septiembre-octubre de 2001, págs. 2047 a 2126. «Análisis de cargas», en el libro *Las nuevas subastas públicas*, editado por la revista *Pública Subasta*, Madrid, 2001, págs. 152 a 206. Recoge la conferencia: «Análisis de cargas. Cambios registrales en la nueva Ley», en la *Jornada sobre aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Meliá Castilla, 19-5-01, organizada por la revista *Pública Subasta*. «El Registrador ante la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en el libro *La Ley de Enjuiciamiento Civil en la práctica de los Juzgados y Tribunales*. Conferencias del I Curso de Verano de la Universidad de Córdoba sobre *La nueva LEC a los seis meses de su entrada en vigor* (Córdoba, 16-20 de julio de 2001), Córdoba, 2002, págs. 287 a 336. «El Registro y el régimen probatorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000» (16-7-02). II Curso de Verano Universitario de Córdoba. Campus Universitario de Rabanales (en prensa).

Antes de la publicación de la LEC, trabajando sobre el Proyecto de Ley y con un estudio sobre «Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria», participé en el curso *Cuestiones Procesales y Registrales en la Ejecución Hipotecaria*, celebrado en el Colegio de Registradores en octubre de 1999, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, que dio lugar, con las demás Ponencias, al libro del mismo nombre, editado conjuntamente por ambas Corporaciones, Madrid, 1999, págs. 312 a 430.

disposiciones generales», y en su Capítulo VI «De los medios de prueba y las presunciones», dedicando la Sección Segunda a la prueba «De los documentos públicos».

El artículo 299.1 (primero del citado Capítulo VI) dispone que, entre otros, «los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 2.º Documentos públicos».

Por su parte, el artículo 317 (primero de la citada Sección Segunda), trata de las «Clases de documentos públicos», disponiendo que, «a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales».

El Libro III lo dedica la LEC íntegramente al estudio de la «Ejecución forzosa y medidas cautelares». Pues bien, la utilización de la certificación registral en los procedimientos de ejecución forzosa, para acreditar la titularidad y estado de cargas de los bienes ejecutados, ejercicio de tercerías, práctica de notificaciones, cancelación de asientos u otras finalidades, aparece minuciosamente regulada en la LEC. La puntualización de los respectivos textos legales de apoyo la haré en el momento oportuno.

Por último, el viejo procedimiento de efectuación posesoria del artículo 41 LH —el más genuino exponente de la acción registral—, se mantiene por la Disposición Final Novena de la LEC, en cuyo texto se regula ahora; y no hace falta insistir, ya de entrada, que la certificación del Registrador es la base esencial y fundamento único de este procedimiento.

Partiendo de estas ideas previas, el análisis de la aportación que el Registro de la Propiedad hace al régimen probatorio en la nueva LEC con el instrumento de la certificación registral, puede estudiarse, al menos, desde tres puntos de vista:

1.º Valor probatorio de la certificación registral, en general, en los procesos declarativos de derechos.

2.º Valor probatorio de la certificación registral en la ejecución forzosa, ordinaria e hipotecaria.

3.º Valor probatorio y fundamento en la certificación registral del procedimiento para el ejercicio de acciones reales.

III. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS DE DERECHOS

1. EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN EL PROCESO

El medio procesal para obtener la certificación registral, lo recoge el artículo 149.5.º LEC, sobre *Clases de actos de comunicación del tribunal*.

«Los actos procesales de comunicación del tribunal —dice— serán: 5.º *Mandamientos* para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de buques, de ventas a plazos de bienes muebles, notarios, corredores colegiados de comercio o agentes de Juzgado o Tribunal» (5).

El artículo 227 LH, redactado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sigue el mismo criterio, al disponer que: «Los Registradores expedirán certificación a instancia de quien, a su juicio, tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate, o en virtud de *mandamiento judicial*».

Respecto de la clase de resolución judicial en que ha de fundarse el mandamiento, se tratará de un *auto*, si nos atenemos al hecho de que la certificación provoca un asiento registral, siquiera sea de la modalidad de nota marginal, interpretación amplia que ha de darse a las expresiones literales «anotaciones e inscripciones» que utiliza el artículo 206.2.2.ª LEC (6).

Por otra parte, la Ley Hipotecaria parte del carácter esencialmente público del Registro de la Propiedad, pero limita la consulta a «quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los inmuebles o derechos reales inscritos» (art. 221).

Venía siendo una opinión generalizada que las autoridades judiciales y administrativas no solicitan la publicidad formal del Registro, sino que la ordenan, no debiendo entrar el Registrador en consideraciones sobre el interés en la consulta. La reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en su artículo 332.3, presume acreditado el

(5) La Ley de Enjuiciamiento Civil alude con frecuencia en los preceptos que se citan (arts. 149.5.º, 317.3.º, 320.2.º, etc.) a los Corredores de Comercio Colegiados. La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispuso la integración de los Cuerpos de Notarios y Corredores en un Cuerpo único de Notarios, a partir de 1 de octubre de 2000, cuyas funciones serán las que hasta la fecha venían desempeñando los Notarios y los Corredores. El Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, de medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, en orden a las *formas de documentación de las actuaciones notariales*, añade las permitidas por la legislación aplicable a los Corredores, entre ellas el Libro-Registro de operaciones mercantiles y la intervención de pólizas.

(6) La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de diciembre de 2000, resuelve, a virtud de consulta, lo siguiente: «X. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye competencia a los Secretarios Judiciales en materia de actos procesales de comunicación, entre los que figuran los mandamientos para obtener el libramiento de certificaciones..., cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de Venta a Plazos de Bienes Muebles... (arts. 149 y 152). El mandamiento podrá ser expedido por el Oficial del Juzgado en quien haya delegado el Secretario...».

interés, entre otros en «las Entidades y Organismos Públicos» de todo orden. Y la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añade un segundo párrafo al artículo 221 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de que «el interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo», consagrando legalmente el principio de presunción de interés de los entes públicos. Todo ello, por otra parte, sin perjuicio del principio general de colaboración, pues «Los Registradores, en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, así como con los Órganos Jurisdiccionales, las Administraciones Públicas y los Notarios» (art. 222.8 LH) (7).

2. FUERZA PROBATORIA DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL COMO DOCUMENTO PÚBLICO, SEGÚN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como he señalado más arriba, la nueva LEC sanciona definitivamente (art. 317.4.º) el carácter de documento público de las certificaciones registrales.

La Jurisprudencia lo había reconocido con ciertas dubitaciones (8). La STS de 6 de marzo de 1978 declaró que las certificaciones del Registro de la Propiedad tienen el carácter de documentos públicos, haciendo fe con autenticidad jurídico-procesal del hecho de la inscripción, aunque no en cuanto a la veracidad misma de las manifestaciones que en el título inscrito se hayan vertido.

La eficacia de la certificación registral como documento público se extenderá al contenido de la inscripción. Pero en rigor no se limita a eso. El efecto de la certificación será superior, en cuanto que la inscripción producirá, a su vez, unos efectos propios legitimadores: presunción de existencia del derecho inscrito, de titularidad en favor del titular registral, de posesión, invirtiendo la carga de la prueba en contra de quien la contradiga, etc.; es decir, los efectos propios de la legitimación registral y demás principios registrales sustantivos.

La nueva LEC, dentro de las disposiciones comunes a los procesos declarativos, en su artículo 319.1, establece una regla general sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos: «...Los documentos públicos com-

(7) El artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, autoriza la presentación de títulos por vía telemática con firma electrónica avanzada en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles.

(8) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal...*, cit., pág. 1873.

prendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 (la certificación registral está en el número 4.º) harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella», precepto sustancialmente coincidente con el artículo 1.218 del Código Civil. El artículo 321 salva el caso de que se trate de testimonio o certificación incompletos que, como es lógico, «no hará prueba plena mientras no se complete con las adiciones que solicite el litigante a quien pueda perjudicarle».

Ahora bien, insisto que, a estos efectos probatorios en el proceso de los documentos públicos y también de la certificación registral como tal documento público, la certificación registral añade los efectos específicos derivados exclusivamente de la publicidad jurídica registral institucional, proclamados por la LH: «La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro» (art. 225) (9).

El reconocimiento de la certificación registral como modo de producción de la prueba por documentos públicos, está recogido en el artículo 318 LEC: «Los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el artículo 319, si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente o si, habiendo sido aportado por copia simple..., no se hubiere impugnado su autenticidad».

La nueva LEC mantiene la posibilidad de impugnación del valor probatorio del documento público, mediante el cotejo o comprobación (art. 320). Igualmente, recoge una breve relación de documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación, que hacen prueba plena en juicio, sin necesidad de cotejo o comprobación, salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible: escrituras públicas antiguas, documentos públicos que carezcan de original o registro, como puede ser una certificación antigua de un Registro destruido (art. 322).

(9) La Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, proclama el carácter jurídico de la publicidad formal de los Registros y su finalidad de probar, judicial y extrajudicialmente, la existencia, extensión y límites del derecho inscrito y que su titular es el único legitimado para disponer de él (efectos defensivo y ofensivo), así como la de agilizar el tráfico y dar certeza a la contratación, haciendo posible en el ámbito inmobiliario y mercantil el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución (art. 9).

IV. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LA EJECUCIÓN DINERARIA O EJECUCIÓN FORZOSA ORDINARIA

La nueva LEC respeta en la ejecución ordinaria todas las consecuencias derivadas del principio de legitimación registral (10), como revela este resumen previo:

- La ejecución debe basarse en la certificación registral, ya que antes de la subasta debe el tribunal librar mandamiento al Registrador, para que expida certificación de titularidad y cargas que el Registrador hará constar por nota marginal (art. 656).
- La valoración de bienes se basa en las cargas según el Registro, acreditadas con la certificación registral (art. 666).
- La tercería registral está sancionada si de la certificación resulta que el bien embargado está inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado (art. 658).
- El Registrador comunicará la ejecución a los titulares de derechos inscritos, posteriores al derecho del ejecutante, que aparezcan en la certificación de cargas (art. 659).

Más detenidamente, recojo a continuación los distintos supuestos de posible utilización de la certificación registral en el procedimiento ordinario de ejecución dineraria.

1. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA ALZAR EL EMBARGO MEDIANTE LA TERCERÍA REGISTRAL

La ejecución dineraria ordinaria, cuando de inmuebles se trata, ha de basarse en la certificación registral (11). Antes de la subasta debe el tribunal librar mandamiento al Registrador, para que expida certificación de titularidad y cargas. El Registrador lo hará constar mediante nota marginal (art. 656).

Congruente con el artículo 225 LH, el precepto básico es el artículo 656 LEC:

«1. ...el tribunal librá mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación

(10) Vid. GÓMEZ GALLIGO, *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal...*, cit., pág. 1885 y sigs.

(11) Vid. GÓMEZ GALLIGO, *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal...*, cit., pág. 1874.

en la que consten los siguientes extremos: 1.º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado. 2.º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo gravan o, en su caso, que se halla libre de cargas. 2. El Registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera».

«Si de la certificación que expida el Registrador —dice el art. 658— resultare que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el tribunal, oídas las partes personadas, ordenará alzar el embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciere como dueño en el Registro o que el embargo se hubiere trabado teniendo en cuenta tal concepto. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si la inscripción del dominio a nombre de persona distinta del ejecutado fuera posterior a la anotación del embargo, se mantendrá éste y se estará a lo dispuesto en el artículo 662». Es decir, que este tercer poseedor, «acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores»; y podrá el tercer poseedor «liberar el bien, satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien (art. 662.1 y 3 en relación con el 613.3 LEC).

No será así posible, por principio, el embargo de bienes inscritos a nombre de persona distinta del deudor. La tercería registral está sancionada al disponerse que se ordenará alzar el embargo si el bien está inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, a menos que se siga contra el ejecutado como heredero de ésta (arts. 658 LEC, 20 LH y 175 RH).

El hecho de que una persona hubiera adquirido bienes en documento privado no será suficiente para paralizar la ejecución; sólo la escritura inscrita lo será, ya que se exige certificación registral. Excepcionalmente, se admitirá el documento privado para el alzamiento de oficio del embargo, cuando lo embargado sea la vivienda familiar de un tercero y exista conformidad de las partes para no realizar el embargo (cfr. art. 593.2, párrafo último, LEC).

Cualquier otro supuesto no goza de la paralización automática que la denominada tercería registral implica. Tratándose de bienes inmuebles no inscritos o inscritos a nombre del deudor aunque civilmente no le pertenezcan, el embargo será eficaz mientras el verdadero propietario no ejercite sus derechos antes de la adjudicación a través de la correspondiente tercería. En efecto, la LEC considera eficaz el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado, de manera que si el verdadero titular no interpone tercería de dominio antes de la enajenación o adjudicación, el rematante o adjudicatario

de buena fe adquiere el bien de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en las leyes sustantivas (art. 594). La forma de acreditar su dominio el tercerista será, por otra parte, la certificación registral de titularidad.

2. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LA PREFERENCIA (RANGO) A EFECTOS DE VALORACIÓN DE LOS INMUEBLES PARA LA SUBASTA

El valor de subasta se obtiene descontando del avalúo (arts. 637 a 639 LEC) «el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas» (art. 666 LEC).

Esta «preferencia» no alude a los privilegios o preferencias de cobro que la ley atribuye a ciertos créditos (que han de hacerse valer a través de la tercería de mejor derecho), sino al rango hipotecario, al orden de los asientos dentro del folio (12).

La operación no es fácil, pues también debería ser descontado, aunque sus asientos sean posteriores en el orden registral, el importe:

- De las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango (caso art. 227 RH).
- De las cargas que, aunque inscritas o anotadas después, hayan ganado prioridad registral mediante pacto (posposición, permuta).
- De las hipotecas y afecciones legales, así como las anotaciones de embargo que traigan causa de éstas, que no deben ser canceladas como consecuencia de la ejecución (vid. art. 175.2.^a RH).

3. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS PERSONAS A LAS QUE SE HA DE COMUNICAR LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 659 LEC distingue dos supuestos:

a) *Titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas.* Y que aparezcan en asientos posteriores al derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro: El Registrador comunicará la existencia de la ejecución.

(12) RIVAS TORRALBA, RAFAEL, «Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 61, junio de 2000, pág. 1203.

Los efectos de la comunicación son los siguientes:

- Que satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro: «quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho».
- «Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y la de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso» (art. 659.3).

La nota al margen de la inscripción de los créditos o derechos de los titulares que se subrogan no tiene ningún efecto sustantivo ni procesal, sino valor puramente informativo.

En cuanto a los titulares de derechos en asientos de presentación, el artículo 143 *in fine* RH, dice: «En ningún caso habrá que comunicar los asientos de presentación».

Si paga alguno de estos titulares posteriores, el efecto es la subrogación del que paga en el lugar del actor. El procedimiento continúa sus trámites normales, pero con otro actor. Es una subrogación que resulta de la aplicación del artículo 1210-1.º del Código Civil: Subrogación en las garantías cuando un acreedor paga a otro acreedor preferente. Pero sólo los acreedores que tengan título inscrito pueden hacer uso de la subrogación. Si son varios los acreedores posteriores que pretenden el pago y la subrogación, lo lógico es estar a la prioridad registral.

b) *Titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas* (13). No se les realizará comunicación alguna. No obstante, acreditando al Tribunal la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten (art. 659.2 LEC).

Como la nota marginal hace las veces de notificación, si solicitan del Juez la subrogación, no parece haber obstáculos a que tenga lugar.

(13) Puede verse, GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «¿Subrogación del deudor en la hipoteca cuando paga la deuda?», en el *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 20, noviembre de 1996, pág. 2382.

4. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS POSTERIORES CUYA CANCELACIÓN HA DE DECRETAR EL MANDAMIENTO CANCELATORIO

El precepto básico (junto con el art. 175.2.^a RH) es, en este caso, el artículo 674.2 LEC: «A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656...».

Sobre si sigue vigente o no el artículo 233 RH, en cuanto a la referencia individualizada de las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta comprendidas en la certificación de cargas, hay que tener en cuenta que las notificaciones a esos titulares las efectúa el propio Registrador, que debe hacerlo constar en la certificación, por lo que puede pensarse que es un requisito innecesario la exigencia de individualización (14).

5. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS ANTERIORES QUE SUBSISTEN Y EN CUYA RESPONSABILIDAD SE SUBROGA EL ADJUDICATARIO

El artículo 670.5 LEC (en armonía con los arts. 668.3.º, sobre contenido del anuncio de la subasta; y 669.2, sobre efectos del mero hecho de participar en la subasta) establece: «Quien resulte adjudicatario del bien inmueble..., habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en las responsabilidades derivadas de ellos».

Esta previsión debe zanjar la cuestión de la subrogación judicial del rematante en las obligaciones reflejadas en los asientos registrales de mejor rango. Es decir, que aquellas responsabilidades implican el deber de soportar la ejecución forzosa de los créditos preferentes, pero no imponen una subrogación o asunción de deuda personal del rematante (15).

(Aludiré más adelante a la implantación del sistema de subsistencia de cargas anteriores, en relación con la ejecución hipotecaria).

(14) JURADO JURADO, JUAN JOSÉ, «El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 662, noviembre-diciembre de 2000, pág. 3300. Puede verse también su libro *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2001, pág. 187 y sigs.

(15) RIVAS TORRALBA, RAFAEL, *Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 1205.

V. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: MODALIDADES

El valor probatorio de la certificación registral en la ejecución hipotecaria es —me atrevería a decir— tan absorbente, que conviene precisar, en cada caso, la clase de certificación procedente —principalmente, de dominio y cargas o simplemente de titularidad—, según el respectivo momento procesal, pues su contenido esencial es distinto.

Creo que, al menos, pueden distinguirse cuatro modalidades de certificación registral en la ejecución hipotecaria:

- a)* La certificación de titularidad de la hipoteca que ha de acompañarse a la demanda ejecutiva para acreditar la inscripción y subsistencia de la hipoteca que se ejecuta.
- b)* La certificación de titularidad que ha de acompañarse a la demanda de tercera de dominio.
- c)* La certificación acreditativa de la cancelación de la hipoteca que ha de acompañarse a la oposición a la ejecución.
- d)* La (yo diría más conocida y popular) certificación de dominio y cargas, cuya expedición decreta el Juez antes de proceder a la subasta y que tiene múltiples funciones.

Las tres primeras pueden agruparse bajo la denominación de certificaciones de titularidad, pues, sin perjuicio de que en ellas se consignan también las cargas anteriores o posteriores, lo esencial en las mismas es acreditar la titularidad dominical de la finca, o la titularidad de la hipoteca que se ejecuta, o que esa hipoteca carece negativamente de titular por haber sido cancelada. También es nota característica de estas certificaciones que han de ser solicitadas por los interesados que las aportan al proceso como medio de prueba.

Por el contrario, la certificación de dominio y cargas ha de contener, necesariamente, las cargas anteriores y posteriores a la hipoteca ejecutada, para servir a la más que pluralidad de funciones que la certificación desempeña, como veremos enseguida. Y en segundo lugar, la expedición de esta certificación la decreta el Juez.

VI. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SUPUESTOS

1. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD COMO ÚNICO MEDIO DE PROBAR LA INSCRIPCIÓN Y SUBSISTENCIA DE LA HIPOTECA QUE SE EJECUTA

Con la demanda ejecutiva, «si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca» (art. 685.2 LEC).

Pero ocurre que del artículo 130 LH, introducido por la propia LEC en su Disposición Final Novena, resulta la necesidad de presentar siempre la certificación del Registro, al disponer: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo», algo que sólo puede acreditarse con la certificación registral actual, quiero decir, contemporánea a la demanda ejecutiva.

Por otra parte, constituye novedad la ejecución de hipotecas constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir céduas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios. En este caso, «bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca», completada «con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución» (art. 685.4 LEC).

Como señala GÓMEZ GÁLLIGO (16), la LEC regula el ejercicio de la acción hipotecaria como acción específicamente registral. Del nuevo artículo 130 LH resulta que no se opta por la naturaleza procesal de la hipoteca, según la conocida tesis de CARNELUTTI (17).

JURADO JURADO (18) estima igualmente que se podría haber exigido que sólo se aportase la certificación registral acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2 LEC), por la sencilla razón de que estamos ante un procedimiento de base estrictamente registral, en el que lo importante es que la hipoteca conste inscrita y subsistente. Piénsese, además, que en no

(16) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Acciones registrales en el Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, marzo-abril de 1999, págs. 379 y sigs.

(17) CARNELUTTI, FRANCESCO, «Studi di Diritto processuale», II, pág. 189. «Natura giuridica dell'ipoteca», en *Rivista di Diritto processuale civile*, 1939, I, pág. 3.

(18) JURADO JURADO, JUAN JOSÉ, *El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados...*, cit., pág. 3201.

pocas ocasiones se modifica la hipoteca, y esa modificación constará en la certificación sin necesidad de acudir a copia autorizada de la escritura.

Además del supuesto citado del artículo 685.4 LEC, también considera excepciones al principio de que a la demanda se acompañe el título o títulos de crédito y, por el contrario, es inexcusable la aportación de la certificación del Registro:

- La hipoteca en garantía de títulos, en la que se acompañarán los mismos títulos u obligaciones junto con el certificado de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (art. 155 LH).
- El artículo 6 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. La entidad subrogada deberá presentar para la ejecución de la hipoteca, además de su primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación, el título de crédito... Si no pudiese, deberá acompañar certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

2. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD COMO PRUEBA PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

En la nueva LEC está muy limitada la posibilidad de planteamiento de tercería de dominio. Para que pueda admitirse la tercería de dominio sobre bienes inmuebles deberá acompañarse a la demanda (de la tercería) título de propiedad inscrito a favor del tercerista o su causante con fecha anterior a la de la inscripción de la garantía, lo que se acreditará con certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o su causante y de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento correspondiente (art. 696 LEC).

Se limitan, pues, las tercerías de dominio a supuestos excepcionales. El más claro es el de doble inmatriculación. También se citan los supuestos de bienes muebles inscritos en otro Registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca del bien inmueble al que estén incorporados (19).

Igualmente, se estima que puede tener lugar la tercería en el caso de errores del Registrador (20). Errores en la aplicación del principio de prioridad o de tracto sucesivo, como no haberse aplicado correctamente el artícu-

(19) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal...*, cit., pág. 1897.

(20) Vid. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 340.

lo 20 LH, o haberse invertido el orden de despacho, inscribiendo primero el título presentado en segundo lugar, etc. (21).

3. LA CERTIFICACIÓN DE CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA COMO CONDICIÓN DE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

Entre las causas de oposición, destaca la necesidad de presentar certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca, o la escritura de carta de pago y cancelación (lógicamente con la nota de despacho firmada por el Registrador) cuando se alegue como causa de oposición la extinción de la garantía o de la obligación garantizada (art. 695.1.ª LEC).

VII. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: FUNCIONES Y NOTA MARGINAL DE SU EXPEDICIÓN

1. FUNCIONES DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS

Dice el artículo 688.1 LEC: «Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del Registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 LEC (ver también art. 143 RH) y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro».

ÁVILA NAVARRO (22) destaca que la certificación de dominio y cargas desempeña diversas funciones claves en el procedimiento:

- Asegurar al Juez la subsistencia de la hipoteca, para sobreseer el procedimiento en caso contrario (art. 688 en relación con el 656 LEC).
- Comprobar si hay algún tercer adquirente de la finca que no haya sido requerido de pago, para notificarle (el Juez) la existencia del procedimiento (art. 689 en relación con el 662 LEC).
- Constatar si hay cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca para notificar a sus titulares la existencia de la ejecución (art. 689 en re-

(21) Vid. JURADO JURADO, JUAN JOSÉ, *El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados...*, cit., pág. 3314.

(22) ÁVILA NAVARRO, PEDRO, «La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, pág. 644 y sigs.

lación con el 659 LEC). No obstante, los efectos de la omisión de la notificación o de sus defectos de forma son distintos en el procedimiento ordinario (art. 660 LEC: no serán obstáculo a la inscripción del derecho de quien adquiriera el inmueble), y en el hipotecario (art. 132.2.º LH: la calificación del Registrador se extiende a las notificaciones).

- Avisar a los posteriores adquirentes de la finca o de derechos reales, mediante la nota que queda en el Registro sobre la expedición, que se está ejecutando la hipoteca (art. 688 LEC en relación con el art. 132 LH).

La nota avisa a los terceros del peligro derivado de la ejecución, pues éstos no serán notificados de la existencia del procedimiento; su única notificación consiste en la nota al margen de la hipoteca y en la nota de despacho de su título.

Se destaca también sobre la importancia registral y procesal de la certificación de cargas (23):

- La conveniencia de que sea literal para que el Juez pueda conocer los pactos de asunción o subrogación de tercer poseedor, consentidos o que consienta ahora el acreedor, a efectos de seguir las actuaciones con el adquirente y no con el deudor primitivo.
- Que han de incluirse los asientos de presentación del Diario pendientes de despacho, cuyos interesados deben ser notificados, en su caso (24).
- Que han de incluirse tanto las cargas anteriores a la hipoteca como las posteriores, precisando su rango. No puede olvidarse que las cargas anteriores quedarán subsistentes después de la ejecución, dado el principio de subsistencia y no de liquidación —y subsiguiente cancelación— que implantó la LH de 1909 y ahora se recoge en el artículo 670.5 LEC (antes 133.2.º y regla 8.ª del art. 131 LH), y deben ser conocidas por los postores a efectos de puja en la subasta, ya que han de subrogarse en la responsabilidad de tales cargas.
- Respecto a las cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, han de precisarse, puesto que serán purgadas y canceladas como consecuencia de la ejecución hipotecaria en virtud de mandamiento judicial y sus

(23) Vid. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, págs. 203 y sigs.

(24) Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de agosto de 1981. En cambio, respecto del tercer poseedor de bienes anotados en el procedimiento ejecutivo ordinario, el artículo 143, último párrafo, RH dispone: «En ningún caso habrá que comunicar los asientos de presentación».

titulares han de ser notificados de la existencia del procedimiento y también para la consignación y distribución del sobrante por el orden del Registro, es decir, conforme a su rango. Y puede suceder que algunas cargas posteriores a la hipoteca tengan rango preferente, bien por posposición, bien porque tengan su prioridad basada en un asiento anterior (v.gr., ejercicio de una opción de compra).

- La expresión de que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor y a qué hipoteca se refiere la ejecución cuando haya varias inscritas, pues ello tendrá repercusión en la cancelación de unas cargas y la subsistencia de otras.
- Que si de la certificación resulta la cancelación previa de la hipoteca base del procedimiento, el Juez deberá sobreseerlo.

2. NOTA MARGINAL ACREDITATIVA DE SU EXPEDICIÓN

Dice el artículo 688.2 LEC: «El Registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere». «En tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución».

JURADO JURADO (25) señala que los efectos de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas son fundamentalmente los siguientes:

- Presupone que la hipoteca ha entrado en «fase patológica», esto es, que se está ejercitando la acción real hipotecaria. La STS de 18 de noviembre de 1933 declaró que la nota de expedición de la certificación de cargas da a conocer que el proceso de ejecución hipotecaria ha comenzado.
- Opera igual que una condición resolutoria respecto de los asientos que se hayan practicado ulteriormente a su expedición (art. 132 LH en relación con el art. 233 *in fine* RH).
- Hace las veces de notificación a los titulares registrales posteriores a la misma, sin producir el efecto de cierre registral (art. 132.2.º LH).
- Mientras no resulte cancelada la nota marginal, no cabe la cancelación de la hipoteca base del procedimiento de ejecución iniciado por causas distintas de la propia ejecución (arts. 688 LEC y 131 LH).

(25) Vid. *El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados...*, cit., pág. 3215 y sigs.

Por su parte GARCÍA GARCÍA (26) resume así sus efectos:

- Sirve de notificación a los titulares registrales posteriores a dicha nota a los que el Juez no puede notificar. Se impone al Registrador (vid. art. 434 RH) relación circunstanciada del procedimiento en la nota de despacho de los títulos inscritos después.
Este efecto de notificación lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 23 de abril de 1969, 24 de agosto de 1981 y 4 de mayo de 1982, y el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de abril de 1987 y 10 de junio de 1991.
- Produce efecto de condición resolutoria de las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a la nota, que se cancelan mediante expresión genérica, sin necesidad de que el mandamiento judicial cancelatorio las individualice o detalle (vid. art. 233 RH) (27).
- Los titulares posteriores a la nota no pueden ser considerados terceros a efectos del procedimiento, salvo que se personen en el procedimiento y soliciten que se entiendan los autos con ellos (vid. art. 134 LH anterior a la nueva LEC, actual art. 659.2 de ésta), pues de otro modo el Juez no podrá conocer su existencia.
- Mientras la nota está vigente, prueba que una hipoteca está en fase de ejecución, de realización de valor y, en consecuencia, no puede practicarse la cancelación de la hipoteca por medio de una escritura pública de cancelación y carta de pago, sin que previamente se realice la cancelación de la nota marginal en virtud de mandamiento judicial en que conste el desistimiento del procedimiento.

RIVAS ANDRÉS (28) se pregunta si la nota de expedición de la certificación de cargas no es una nueva «carga real». Tradicionalmente —dice— se ha considerado que esta nota marginal no tiene efectos de cierre registral, sino únicamente informativos. El acreedor podía, en cualquier momento, cancelar la hipoteca, pues no se había previsto ningún mecanismo de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Juzgado. La nueva LEC resuelve la cuestión, a su juicio, en su artículo 688.2, amén de la nueva redacción del

(26) Vid. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., pág. 208 y sigs.

(27) Se recoge este efecto en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de enero de 1960 y 27 de noviembre de 1961. Esta última declara que la nota marginal «no implica un cierre registral, sino que más bien opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca que sea base del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario».

(28) RIVAS ANDRÉS, RAFAEL, «La nota marginal de expedición de la certificación de cargas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. ¿Una nueva carga real?», en *La Buhaira*, núm. 29, agosto de 2001, pág. 200 y sigs.

artículo 131 LH, además del 135 de la misma LH. Esta nota marginal es una auténtica «carga», en el sentido de que se origina por mandato judicial y mientras no haya una nueva orden judicial que la cancele (salvo los casos de purga o caducidad que propugna, aplicando el mismo plazo de cuatro años de las anotaciones sobre la base de que «tiene el único y exclusivo objeto de resolver un muy concreto problema que sería la cancelación extrajudicial voluntaria de la hipoteca cuando está vigente la nota de expedición de cargas»...) impide que el titular pueda extrajudicialmente cancelar la hipoteca, provocando un cierre del Registro a esta cancelación extrajudicial.

VIII. VALOR PROBATORIO DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SUPUESTOS

1. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR EL TITULAR REGISTRAL DOMINICAL QUE NO HA SIDO REQUERIDO DE PAGO Y DEBE SER NOTIFICADO

En el mismo auto en que se despache ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, salvo que se acredite haberse efectuado extrajudicialmente, acompañando a la demanda ejecutiva la oportuna acta notarial acreditativa del requerimiento con diez días de antelación al menos; y «sin perjuicio de la notificación al deudor del despacho de la ejecución» (art. 686 en relación con el art. 581.2 LEC).

Dice el artículo 689.1 LEC (en relación con el art. 662 del procedimiento ordinario): «Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial..., se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución... o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca».

Este requerimiento-notificación debe, lógicamente, hacerlo el Juez y no el Registrador, pues el supuesto es el mismo del artículo 686.1 LEC, en cuanto entraña una orden que puede tener importantes efectos solutorios en el procedimiento, que escapan a la competencia del Registrador.

Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, no se les realizará comunicación alguna, sin perjuicio de que, acreditando al tribunal la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten (art. 689.2 en relación con el 659.2 LEC).

En realidad (por la remisión que se hace al art. 659 LEC) habrá que distinguir según se trate de titulares posteriores a la hipoteca, pero anteriores o posteriores a la expedición de la certificación de dominio y cargas.

Por otra parte, la única forma de acreditar al tribunal la inscripción de su derecho con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas, será la certificación registral de titularidad de los derechos así inscritos.

2. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN QUE IMPIDE LOS ACUERDOS CANCELATORIOS FUERA DEL PROCEDIMIENTO

«El Registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de la hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere. En tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución» (art. 688.2 LEC).

En el mismo sentido, el artículo 131, último inciso, LH dispone: «No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal (la de expedición de la certificación de cargas), mediante mandamiento judicial al efecto».

Lo que se rechazan son los pactos entre acreedor hipotecario ejecutante y deudor o tercer poseedor ejecutado —especialmente los acuerdos cancelatorios—, mientras discurre el procedimiento, que lo harían «teóricamente» innecesario. La prohibición es correcta, pues en el procedimiento puede haber otros interesados —titulares de derechos posteriores, postores en la subasta, etc.— que podrían resultar perjudicados por los pactos extra procedimiento. Sin entrar en consideraciones sobre la naturaleza del procedimiento de ejecución, el orden público o las formas preestablecidas de terminación del mismo (29).

Para RIVAS TORRALBA (30) el precepto del artículo 688.2 LEC es impreciso, pues parece fuera de toda discusión que también procede la cancelación de la hipoteca como consecuencia de la ejecución de una carga de rango registral preferente (otra hipoteca o una anotación de embargo, incluso administrativo, inscrita o anotada con anterioridad a la inscripción de la hipoteca ejecutada).

(29) Las Resoluciones de 24 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 1992 habían confirmado esta doctrina que, con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, es norma legal impuesta por el artículo 688.2.

(30) RIVAS TORRALBA, RAFAEL, «Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 61, junio de 2000, pág. 1210 y sigs.

3. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PROCESAL PARA EL SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCIÓN, SI DE LA MISMA RESULTA LA INEXISTENCIA O CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA

«Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el tribunal dictará auto poniendo fin a la ejecución» (art. 688.3 LEC). La certificación funciona, pues, como prueba positiva de dicha inexistencia o cancelación.

4. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA CONOCER LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES QUE SE SUBASTAN

El artículo 691 LEC, en relación con la «Convocatoria de la subasta de bienes hipotecados. Publicidad de la convocatoria», dispone lo siguiente: «4. La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de bienes inmuebles». Es decir, el Capítulo (que es el V del Título IV, Libro III) que regula las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados, remite a las normas sobre convocatoria y publicidad de la subasta del procedimiento general de ejecución dineraria.

En estas normas, el artículo 646 LEC alude al contenido de los anuncios o edictos, y el artículo 668 determina su contenido:

1.º Que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan están de manifiesto en la Secretaría.

2.º Que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existan títulos.

3.º Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor (en relación con el art. 670.5 LEC, que reitera la subrogación y responsabilidad del adjudicatario).

5. LA CERTIFICACIÓN COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS POSTERIORES A LA HIPOTECA CUYA CANCELACIÓN DECRETA EL MANDAMIENTO CANCELATORIO

El nuevo artículo 134 LH, introducido por la Disposición Final Novena de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y que hay que relacionar con el art. 674.2 LEC, en la ejecución ordinaria), establece que: «...el mandamiento de cancelación de cargas,... determinará(n) ... la cancelación de la hipoteca que motivó

la ejecución, así como de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieren verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento».

El artículo 134 LH habla de «sin excepción», pero excepciona las inscripciones de declaración de obra nueva y división horizontal, si por ley o por pacto la hipoteca se extiende a las nuevas edificaciones.

Por un lado, el «sin excepción» parece poner fin a la polémica de si deben subsistir tras la ejecución asientos posteriores a la hipoteca cuando aseguren créditos que tengan preferencia de cobro sobre el crédito del ejecutante, dando al problema solución negativa.

Por otro lado, existen numerosos supuestos de subsistencia de asientos y de casos dudosos o peculiares sobre su cancelabilidad, cuya enumeración o estudio no es procedente ahora (31).

(31) Sobre la subsistencia de otros asientos posteriores que sobreviven a la ejecución hipotecaria y no pueden ser cancelados, como los que amparan créditos privilegiados, créditos laborales, créditos por gastos de la propiedad horizontal, cuotas de la seguridad social, arrendamientos, etc., pueden verse mis estudios: *Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria*, cit., pág. 388 y sigs., y *La publicidad registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 2101 y sigs.

Un resumen de las más importantes posiciones doctrinales sobre esta importante cuestión, puede ser el siguiente: RIVAS TORRALBA, RAFAEL (*Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero...*, cit., pág. 1213) cree que subsisten: Los asientos de igual rango registral (art. 227 RH); los posteriores que gocen de rango registral preferente (permuta de rango, afecciones o hipotecas legales); las inscripciones de exceso de cabida; los asientos derivados de proyectos de equidistribución (cfr. Resolución de 28 de mayo de 1998 para un expediente de compensación: la adjudicación debe entenderse referida a las nuevas fincas que han sustituido a la hipotecada); las anotaciones de quiebra; determinadas anotaciones de demanda: si ciertas anotaciones de demanda (por ejemplo, de nulidad de la hipoteca) han de ser canceladas cuando finalice la ejecución, «siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas», las que sean anteriores deben subsistir (cfr. art. 131 LH). SIGFRE PUIG, RICARDO («Reformas operadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, en materias relacionadas con el Registro de la Propiedad de Inmuebles», en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 67, enero de 2001, págs. 57, 59 y sigs.) distingue: Inscripciones que subsisten y se exceptúan de la cancelación: a) Las inscripciones de obra nueva y división horizontal, si por ley o por pacto la hipoteca se extiende a las nuevas edificaciones (art. 134 LH). b) La inscripción de servidumbres en que la finca hipotecada figure como predio dominante (porque es una cualidad a la que la hipoteca se extiende por ley), pero no si es predio sirviente o se trata de servidumbre recíproca. c) Las inscripciones de exceso de cabida (art. 215 RH). d) La inscripción de hipoteca del derecho del rematante, que se convierte en hipoteca sobre la finca (art. 107.12.^a LH). e) Los asientos de derechos de igual rango (art. 227). f) Los asientos posteriores que gocen de rango preferente (por permuta, afecciones o hipotecas legales). g) Los asientos posteriores que deriven o procedan de otros anteriores a la hipoteca (ejercicio del derecho de opción, condición resolutoria anterior a la hipoteca). h) La inscripción modificativa de una hipoteca anterior, practicada después de la hipoteca ejecutada (novaciones modificativas conforme a la

6. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO PRUEBA PARA DETERMINAR LOS ASIENTOS ANTERIORES A LA HIPOTECA QUE HAN DE SUBSISTIR Y EN CUYA RESPONSABILIDAD SE SUBROGA EL ADJUDICATARIO

En este punto no hay especialidad alguna entre el procedimiento ejecutivo ordinario y el de ejecución hipotecaria y, por tanto, quien resulte adjudicatario habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos (art. 670.5 LEC, en armonía con los arts. 668.3.º, sobre contenido del

Ley 2/1994). *i*) Anotaciones de demanda de nulidad de la propia hipoteca (art. 131 LH) subsistirán si son anteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas; y anotaciones que se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución (arts. 695-697 LEC), que subsisten siempre, sean anteriores o posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. *j*) Los asientos derivados de proyectos de equidistribución urbanística, en caso de ejecución sobre fincas aportadas a tales expedientes, constituidas las hipotecas en un momento anterior a su iniciación, pues la adjudicación que se produzca en el procedimiento de ejecución debe entenderse referida a las nuevas fincas de reemplazo que han sustituido a las originariamente hipotecadas, conforme al principio de subrogación real, y Resolución de 28 de mayo de 1998. Supuestos dudosos de asientos cancelables: *a*) Las inscripciones de arrendamientos. *b*) Las anotaciones de quiebra (vid. art. 568 LEC sobre suspensión en caso de situaciones concursales e inicio de la ejecución singular en caso de bienes previamente hipotecados o pignorados). Supuestos peculiares sobre su cancelabilidad: Se trata de las inscripciones de agrupaciones y segregaciones de finca hipotecada. Estas operaciones le son indiferentes al crédito hipotecario. Se desprende del artículo 110.1.º LH, pues la hipoteca no se extiende a las agregaciones de terrenos, excepto por accesión natural. El problema surge con la desagregación de la finca hipotecada a que puede dar lugar la ejecución (vid. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 287). En este sentido: *a*) No parece que la agrupación deba cancelarse en su totalidad, sino que sólo debe afectar a la finca o porción hipotecada, quedando vigente en lo restante. *b*) Es necesario precisar el resto a que queda reducida la finca, por razones de especialidad, a pesar del artículo 50 RH. *c*) En caso de segregaciones posteriores a la agrupación, pueden darse situaciones insolubles para la determinación de la porción realmente hipotecada y ejecutable. ÁVILA NAVARRO, PEDRO (*La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación...*, cit., pág. 657) destaca, en positivo, los asientos que se deben cancelar: La inscripción de la propia hipoteca ejecutada, incluidos los asientos de subrogación de hipoteca de los sucesivos cesionarios del crédito, los de novación y modificación de hipoteca; las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca «sin excepción» (art. 134 LH). En principio, por tanto, las anotaciones civilmente preferentes —salariales, art. 32 del Estatuto de los Trabajadores; hipotecas legales; créditos preferentes de la comunidad de propietarios, art. 9.1.e) y f) LPH, etc.—. También se deben cancelar los asientos anteriores relativos a derechos que hayan sido pospuestos a la hipoteca ejecutada.

La Resolución de 17 de julio de 2003 (don Manuel Galán v. Inversiones Inmobiliarias Mosada, S. L.), respecto de una anotación de suspensión de pagos, declara que no tiene por qué ser una excepción a la regla general de cancelación de los asientos posteriores por ejecución de una hipoteca anterior. Recoge la DG la argumentación del recurrente de que el acreedor hipotecario tiene derecho de separación, pero no está sujeto al convenio que se apruebe.

anuncio de la subasta; y 669.2, sobre efectos del mero hecho de participar en la subasta).

El principio de subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores venía ya establecido en la legislación anterior: En cuanto a las hipotecas, derechos reales, cargas, gravámenes y anotaciones anteriores o preferentes a la hipoteca ejecutante, tenían aplicación las reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del artículo 131 LH, coincidentes con el artículo 1.512, párrafo 1.º LEC (redacción de la Ley de 30 de abril de 1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal): «Las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate».

El sistema de subsistencia de cargas anteriores se introduce por la LH de 1909. Para apreciar su importancia cabe distinguir entre aquellas cargas consistentes en hipotecas o derechos asimilados (anticresis, anotaciones preventivas) y las consistentes en otros gravámenes, como censos, servidumbres, etc. Respecto de estas últimas siempre ha regido el criterio de subsistencia, es decir, el de continuar afectando a la finca a pesar de ser la misma objeto de enajenación, por ejecución hipotecaria, o no. El cambio sólo afectó a las hipotecas y derechos asimilables, respecto de los que antes regía el sistema de purga o liberación (art. 1.516 LEC anterior).

Este sistema, por otra parte, debe extenderse a las hipotecas conexas o del mismo rango, si una de ellas hubiese acudido a la ejecución (vid. art. 227 RH). Y al caso de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 127 LH que remiten al párrafo 2.º del artículo 135 LH, si bien el párrafo 2.º del artículo 127 establece una regla especial: «si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes».

7. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE DOMINIO Y CARGAS COMO FUNDAMENTO PARA LA CALIFICACIÓN DE DETERMINADOS EXTREMOS DE LAS INSCRIPCIONES Y CANCELACIONES A QUE DÉ LUGAR EL PROCEDIMIENTO

Entre otros extremos, el Registrador ha de calificar:

- a) Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas... (arts. 674 LEC y 132 LH).

- b) Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho haya sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación (cfr. art. 660 LEC).
- c) Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (habrá que entender, cuando existan terceros).

En este sentido (cfr. art. 692 LEC) el precio del remate se destinará sin dilaciones a pagar al actor el principal del crédito, intereses y costas, salvo que de la certificación de cargas resulte la existencia de acreedores posteriores, en cuyo caso se depositará el remanente a su disposición.

Estas normas de calificación rigen en los casos de realización por convenio o enajenación por persona o entidad especializada.

IX. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD COMO PRUEBA DEL DERECHO INSCRITO Y FUNDAMENTO ÚNICO DE LA ACCIÓN REGISTRAL

La LEC incorpora las acciones registrales típicas a la Ley Procesal, en particular, el viejo procedimiento judicial sumario, que se incluye bajo la rúbrica «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados», como modalidad específica de la ejecución; y la acción registral, el conocido como procedimiento del artículo 41 LH.

La incorporación a la LEC —dice GÓMEZ GÁLLIGO (32)— no es obstáculo para que ambas acciones conserven e incluso potencien sus especiales características como acciones registrales basadas en la fuerza legitimadora de los asientos: preconstitución de prueba, desenvolvimiento inmediato, oposición en virtud de causas tasadas.

Establece el vigente artículo 41 LH que «las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la LEC contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Re-

(32) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal...*, cit., pág. 1880 y sigs.

gistrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

Señala el citado autor que se trata de una típica acción registral, derivada del principio de legitimación, en virtud del cual, a través de un breve procedimiento, el titular registral, simplemente acreditando su cualidad de tal —a través del único medio posible que es la certificación del Registrador— obtiene la tutela inmediata de su derecho por parte del Ordenamiento Jurídico.

No se trata de una acción derivada del propio derecho real, ni es una acción posesoria o interdictal (en cuanto no necesariamente exige que haya habido un previo acto de despojo), sino una acción de carácter propio derivada exclusivamente de la titularidad inscrita.

En realidad se trata de ejecutar el contenido registral, como si de una ejecución de sentencia se tratara; como si se hubiera obtenido una sentencia favorable en el ejercicio de una acción declarativa de dominio, reivindicatoria, negatoria, o cualesquiera otra acción real, y se pretendiera ejecutar la sentencia.

Se mantienen las características propias de toda acción real:

- a) *Preconstitución de la prueba*. La Ley exige como requisito *sine qua non* la necesidad de acompañar a la demanda «certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante» (art. 439.2.3.º LEC, coincidente con el art. 41 LH).
- b) *Desenvolvimiento inmediato*. La acción se tramita como juicio verbal con demanda sucinta, cualquiera que sea la cuantía litigiosa: «Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas... 7.º Las que instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o perturbación».
- c) *Protección preventiva del derecho del actor*. El tribunal, tan pronto como admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia que recayere (art. 441.3).
- d) *Oposición en virtud de causas tasadas*. La LEC (art. 444) mantiene y mejora las causas de oposición del viejo artículo 41 LH. Dos de ellas tienen inmediata relación con la certificación registral: 1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada. 3.º Que la finca o derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así

lo justifique, presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativo de la vigencia de la inscripción (este último inciso incorporado por la LEC), dado que la única forma de acreditar la inscripción es una certificación; ni siquiera valdría la nota de inscripción al pie del título.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

La reforma del Derecho Registral inglés. Un modelo de Registro flexible para una eurohipoteca (1)

SUMARIO: 1. OBJETIVO DEL ESTUDIO. LAS NOVEDADES DE LA *LAND REGISTRATION ACT 2002*.—2. LA SITUACIÓN REGISTRAL EN INGLATERRA Y GALES.—3. LA CREACIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS TÍTULOS SOBRE INMUEBLES POR INSCRIPCIÓN REGISTRAL: 3.1. EL RÉGIMEN INMOBILIARIO INGLÉS. 3.2. LA INCERTIDUMBRE SOBRE LOS TÍTULOS EN EQUIDAD. 3.3. EL FORTALECIMIENTO DEL PAPEL DEL *ESTOPPEL*.—4. REPERCUSIONES DE LA LRA 2002 SOBRE LA *MORTGAGE* INGLESA.—5. EL MODELO DE REGISTRO *ON-LINE* INGLÉS COMO COMPLEMENTO PARA UNA EUROHIPOTECA. EL PROYECTO EULIS.—6. CONSIDERACIONES FINALES.—7. BIBLIOGRAFÍA.—8. CASOS Y LEGISLACIÓN INGLESES.

1. OBJETIVO DEL ESTUDIO. LAS NOVEDADES DE LA *LAND REGISTRATION ACT 2002*

En 2002 se aprobó por la *Land Registration Act 2002* (LRA 2002) la que ha sido considerada la mayor reforma del sistema registral inglés desde la *Land Registration Act 1925* (LRA 1925), la cual, a su vez, ha quedado derogada por aquélla (s. 135 y *Schedule 13* LRA 2002).

La LRA 2002 se aprobó el 26 de febrero de 2002 y se aplica en Inglaterra y Gales (s. 136 [3] LRA 2002), aunque no entró en vigor hasta el 13 de octubre de 2003. Está previsto que *Lord Chancellor* desarrolle la ley mediante *Rules* (reglamentos), siendo hoy los más recientes los *Land Registration*

(1) Este artículo ha podido realizarse gracias a una beca concedida al autor por la Fundación Caja de Madrid en el año 2002 para la realización de un *Master Philosophy* en el Departamento de *Land Economy* de la Universidad de Cambridge (Gran Bretaña) durante el curso académico 2002-2003.

Rules 2003 (2), elaborados el 19 de mayo de 2003 y que entran en vigor el mismo día que la ley.

La importancia de la reforma registral trasciende el mundo registral para afectar a materias puramente civiles, como es la de la creación y transmisión de los títulos sobre inmuebles. El *land law* (derecho inmobiliario) inglés, pues, queda modificado en la manera de crear y transmitir sus instituciones: los *easements* (servidumbres), los *profits* (usufructos), las *mortgages* (hipotecas), los *leases* (arrendamientos), los *fee simple* (derecho de «propiedad»), etc. Es decir, en la actualidad (sin entrar aún en vigor la LRA 2002 por completo), los derechos sobre inmuebles en Inglaterra y Gales se crean y transmiten desde la firma del contrato de constitución o cesión del derecho. Este hecho provoca el nacimiento *ex lege* del derecho que se pretende crear o transmitir a favor de quien conste en el contrato, si bien no en su forma «completa»; se transmite, por el momento, en equidad, a la espera de la posterior redacción del *deed* y/o (3) de la inscripción registral. A partir de la completa entrada en vigor de la LRA 2002, los títulos inmobiliarios se transmitirán necesariamente por inscripción registral, de manera que el papel que desempeñará la equidad en la negociación inmobiliaria quedará muy reducido.

La segunda gran área novedosa que implica la LRA 2002 es que crea un Registro Inmobiliario *on-line*, o sea, electrónico, al que se puede acceder no sólo para consultar el estado registral de una finca, sino también para negociar con los inmuebles a través de una intranet.

Por lo tanto, el nuevo Registro Inmobiliario inglés será *constitutivo* y *electrónico*.

Además de estas dos grandes novedades, la LRA 2002 aporta una serie de mejoras generales al complicado e imperfecto sistema registral inglés y de Derecho Privado: se establece un régimen diferenciado para la usucapición (*adverse possession*) *contra tabulas*, se limitan los *overriding interests* (derechos no inscritos que afectan a los inscritos), se aumenta el número de derechos que pueden registrarse (antiguos *overriding* y los títulos de la corona), se mejora el sistema de rango registral, se esclarece algo más la naturaleza jurídica de la *mortgage*, entre otros. Algunos de estos aspectos van dirigidos a una finalidad: aumentar el número

(2) En ellos se explica el procedimiento registral para cada supuesto (inmatriculación (*first registration*) de fincas, reservas contra la primera inmatriculación (*cautions*), avatares registrales de la finca registrada, supuestos especiales, etc., y se aclaran algunos aspectos de la ley.

(3) Como veremos después, los derechos sobre finca inscrita requieren inscripción registral para transmitirse completamente, mientras que los derechos sobre finca no inscrita, es suficiente con el *deed*.

de fincas inmatriculadas, una de las preocupaciones de los impulsores de la reforma.

Por lo tanto, la reforma registral era necesaria (4): la LRA 2002 aspira a suplir las insuficiencias de una multitud de registros imperfectos y de funcionamiento complicado, existencia de cargas ocultas y de fincas aún sin inmatricular.

Desde nuestro punto de vista, la nueva LRA 2002 inglesa se enmarca dentro de la tendencia europea de la flexibilización de la negociación (disposición y gravamen) con bienes inmuebles, haciendo un sistema registral más adecuado, ágil, accesible y *on-line* (5). Nos remitimos al apartado 5, donde explicamos el Proyecto EULIS. Esto afectará especialmente a la *mortgage* inglesa (6), que, siendo ya un derecho de garantía inmobiliaria suficientemente flexible, le hacía falta una reforma registral en este sentido para aclarar y dar más certeza a su funcionamiento.

2. LA SITUACIÓN REGISTRAL EN INGLATERRA Y GALES

Actualmente, y seguirá siendo así tras la LRA 2002, coexisten en Inglaterra y Gales diversos Registros relacionados con la tierra, debido a que existen todavía numerosas fincas sin inmatricular, muchas de las cuales son rurales (7), pertenecen a la corona o a la nobleza (8) o a los *colleges* de Cambridge y de Oxford y no han sido vendidas, por lo menos, desde el 1 de diciembre de 1990 (9).

(4) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration for the Twenty-First Century*, núm. 254, 1998, párrafo (par.) 1.3, refiriéndose a las insuficiencias de la *Land Registration Act 1925*. Este documento fue el punto de partida de la presente ley.

(5) En palabras de los impulsores de la ley: «The fundamental objective of the Bill is that, under the system of electronic dealing with land it seeks to create, the register should be a complete and accurate reflection of the state of the title of the land at any given time, so that is possible to investigate title to land on line, with the absolute minimum of additional enquiries and inspections» (LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration for the Twenty-First Century. A Conveyancing Revolution*, núm. 271, 2001, par. 1.5).

(6) Esta institución, que tiene su réplica, en el contorno europeo, en Irlanda y, en general, en todos los ordenamientos de *common law*, desarrolla las funciones económicas que le corresponde a la hipoteca en los ordenamientos de *civil law*, pero poco tienen que ver, jurídicamente hablando.

(7) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 1.6.

(8) Vid. *infra*.

(9) Momento en el que estableció la *compulsory registration* (inmatriculación obligatoria) para las fincas que fuesen enajenadas a partir de entonces.

Un primer Registro, el *Land Charges Register* (10), recoge los derechos (11) que recaen sobre una finca que no está inmatriculada (s. 14 LCA 1972); como sigue el criterio de folio personal (s. 3 [1] *Land Charges Act 1972*, LCA 1972), tiene una serie de complicaciones, como es el hecho de crecer sin límite, de manera que parte de la doctrina lo equipara al monstruo de Frankenstein (12). Un segundo Registro, el *Land Register*, que es el objeto de la reforma de la LRA 2002, se ocupa de recoger las cargas sobre fincas inmatriculadas (s. 3 [2] LRA 2002) (13). Además, si se trata de garantías constituidas por sociedades (hipotecas legales o en equidad o sobre finca registrada o no, hipotecas navales, *floating charges*, etc.), para que vinculen a acreedores y liquidadores de la sociedad, deben hacerse constar en el *Companies Register* (s. 395 [1] *Companies Act 1985*). Esto comporta que, cuando alguien quiere asegurarse de si una finca está gravada previamente y con qué derecho(s), deberá comprobar, por lo menos, estos tres Registros, además de hacer una exploración física de la finca buscando la posible existencia de *overriding interests* (14).

Si bien la pluralidad de Registros sigue igual después de la LRA 2002, las ventajas que comportará inmatricular una finca con la nueva ley (protección ante *adverse possession* y esclarecimiento de prioridad de derechos, esencialmente) potenciará esta opción en detrimento de fincas no registradas. El legislador inglés ha descartado, de momento (15), la posibilidad de obligar por ley a inmatricular todas las fincas, basando su decisión en que es demasiado prematuro (!), que iría contra la Convención Europea de Derechos Humanos (desproporción entre la finalidad perseguida y las obligaciones que comportaría) y que sería demasiado complicado para los implicados en la aplicación de la ley (16).

(10) Regulado por la *Land Charges Act 1972*.

(11) En caso de primera hipoteca, el acreedor hipotecario legal sobre finca no registrada tiene derecho a retener los títulos (*deeds*) sobre la finca, hecho que ya se considera suficiente garantía para él y no necesita (ni puede) registrar, puesto que los siguientes adquirentes de derechos sobre la finca verán que el deudor no puede exhibir los títulos (entendiendo entonces que ya hay un primer acreedor hipotecario que los tiene). Sólo se registran en el *Land Charges Register* las *puisine mortgages*, es decir, las segundas y posteriores hipotecas sobre finca no inmatriculada.

(12) GRAY, KEVIN, *Elements of land law*, 2.^a ed., Londres, Dublín y Edimburgo, 1993, Ed. Butterworths, pág. 138.

(13) Ver los apartados 3 y 4.

(14) Ver el apartado 4.

(15) Los trabajos podrían empezar en cinco años.

(16) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 2.9 a 2.13.

3. LA CREACIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS TÍTULOS SOBRE INMUEBLES POR INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Según la s. 93 [2] LRA 2002, la creación y la transmisión de los derechos sobre inmuebles se hará mediante inscripción en el Registro Electrónico (17) del contrato y/o del *deed* (18).

Esta es la solución que el legislador inglés ha encontrado a lo que ellos denominan «*registration gap*», que es el tiempo transcurrido entre que se contrae la obligación de crear o transmitir un derecho legal (19) sobre una finca inmatriculada (20) y el efectivo registro del título.

3.1. EL RÉGIMEN INMOBILIARIO INGLÉS

En general, existen dos *estates* primarios sobre la tierra: el *freehold* y el *leasehold* (s. 1 [1] LPA 1925). Para inmatricular una finca (*first registration*) hace falta ser titular (*proprietor*) de uno de estos dos *estates* (ss. 9 y 10 LRA 2002). Los *leasehold*, que hasta finales del siglo xv eran meros derechos obligacionales, hoy son auténticos modos de detentar las fincas que tienen una duración limitada en el tiempo (por 99 años, por 3.000 años, de año en año sin fecha final, etc.) (21). El *freehold* viene a representar el máximo

(17) Aunque lo que recoge la ley sea, concretamente, de un poder otorgado al *Lord Chancellor* para desarrollarlo (ampliar los supuestos, etc.) mediante *rules*, la *Law Commission* y el *HM Land Registry* consideran esta transmisión/creación electrónica de derechos inmobiliarios como un elemento esencial y la piedra angular de todo el nuevo sistema registral (LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 13.74 a 13.79 y 13.85).

(18) El *deed* es un instrumento (documento) que debe cumplir una serie de requisitos formales (s. 1 [2] *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*): debe decir claramente que es un *deed*, debe estar firmado y entregado. No obstante, a efectos de la LRA 2002, equivaldrá a *deed* el documento electrónico mediante el cual se disponga de una finca o derecho real sobre la misma (s. 91 LRA 2002).

(19) La obligación nace cuando se acepta una oferta contractual (SHEARS, P. & STEPHENSON, G., *Jame's introduction to English law*, 13.^a ed., Londres, Dublín, Edimburgo, 1996, Butterworths, pág. 223).

(20) La culminación de la constitución o transmisión de un derecho sobre finca no inmatriculada se produce con la redacción y firma de los *deeds*; mientras sólo exista contrato formal, solamente se habrá transmitido/constituido el título en equidad.

(21) Los *leasehold* son un curioso sistema de organizar la tierra que da más flexibilidad al mercado inmobiliario. Así, adquirir una casa a la que le queden 50 años de *leasehold* es más barata que adquirir un *fee simple*. Naturalmente también se deprecia más a cada año que pasa, pero ello permite ir cambiando de casa a menudo con cierta seguridad. También resulta más económica una casa a la que le quedan 250 años de *leasehold*, puesto que podrá utilizarla de por vida quien la compre, pero a la segunda o tercera generación el *leasehold* se extinguirá, volviendo a tener plena posesión de la misma quien detente el *fee simple*.

derecho que se puede detentar sobre un inmueble sin duración limitada, siendo el *fee simple* su máxima expresión (22), aunque su régimen sigue ajustado a las *tenures* (posesiones) medievales, las cuales reconocen un señor feudal (titular formal) superior.

De hecho, la titularidad formal de todas las fincas en Inglaterra y Gales pertenece a la Corona (*Crown*) en calidad de máximo señor feudal (*overlord*), lo que fue abolido en Escocia por la *Abolition of Feudal Tenure Act 2000*. La titularidad real (ahora referente a la Corona) de las fincas ha sido un aspecto de preocupación para la LRA 2002. Así, la *Law Commission* y el *HM Land Registry*, impulsores y redactores de la ley, plantean una revisión para esta situación en Inglaterra y Gales (23).

El derecho que la Corona ejerce sobre las fincas se denomina *demesne* y contiene tanto el control directo como el beneficiario de un inmueble. De hecho, el *freehold* y, su máxima expresión, el *fee simple absolute in possession*, que es el máximo derecho que cualquiera puede tener sobre una finca, supone una simple posesión (*tenure*) de la tierra, la titularidad de la cual la detenta la Corona. Nótese, de hecho, que *fee* viene de *feudum*. El *demesne* cobra plena eficacia cuando algún *fee simple* se extingue, hecho que sucede con 500 fincas cada año. Y el caso más común de extinción de un *freehold* (24) es cuando se renuncia a él en caso de liquidación de una sociedad. Entonces, la Corona o los ducados de Lancaster o de Cornualles (los tres señores feudales reconocidos hoy en derecho inglés) reciben las fincas en *bona vacantia*, a la que pueden renunciar —para evitar responsabilidades ante los acreedores del concursado— quedándose la finca, no con un *fee simple*, sino en *demesne*. En la práctica, este *demesne* no se completa y se espera a que alguien acepte un *fee simple* sobre la finca y se haga cargo de las deudas que recaen sobre la misma. La Corona también detenta en *demesne* la costa (*foreshore*) de Inglaterra y Gales.

Así vemos que, extinguido un *fee simple*, la titularidad revierte (*escheats*), siguiendo la lógica de un sistema feudal, al señor feudal (el que hasta el momento había garantizado el disfrute de ese derecho). Cuando la tierra revierte en uno de los dos ducados, al tener éstos la condición jurídica de *mesne lords* (25), pueden sacar la finca del Registro y deten-

(22) HARPUM, *Megarry & Wade...*, pág. 54.

(23) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 2.37.

(24) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 11.24 y 11.25.

(25) Literal e históricamente (origen, naturalmente, del francés medieval) significa «señores del medio» o «señores medios» (vocablo «demesne» buscado en www.dictionary.com, el 31-10-2003), puesto que son, al tiempo, vasallos de otro señor (el monarca) y señores de vasallos.

tar sobre ella un *fee simple*; en cambio, cuando revierte a la Corona, ésta no puede adquirir un *fee simple*, pues ella sería a la vez sierva y señora feudal, cosa que no puede ser, sino que sólo puede tenerla en *demesne* una vez extraída del Registro; la Corona sólo puede crear un *fee simple* en beneficio de otro, pero no en su propio beneficio. En estos momentos, la Corona británica tiene particular interés en poder registrar sus fincas para evitar la *adverse possession* (usucapión) de las mismas por un tercero, queriéndose amparar en la protección extra que les da la LRA 2002 (26). Por lo tanto, la s. 79 [1] LRA 2002 permite a la Corona lo que no le permite el *common law*: crear un *fee simple* para sí misma y así poder registrar la finca. Su interés en el Registro también se extiende a las fincas submarinas.

En cualquier caso, y fuera de los casos particulares de la Corona y de los ducados, todo lo que no sea ni *freehold* ni *leasehold* son *interests (inter alia, derechos reales)* que pueden ser legales o en equidad (s. 1 [2] y [8] LPA 1925). Como ya explicamos en otra ocasión (27), los derechos inmobiliarios en Inglaterra y Gales (y, en general, en los sistemas puros de *common law*) se pueden detentar legalmente (*legal rights*) o en equidad (*equitable rights*), por motivos históricos (28), siendo los *equitable rights*, aún hoy, más flexibles pero, al mismo tiempo, menos fuertes que los legales (29). Efectivamente, los derechos en equidad nacieron para relajar las formalidades tan estrictas del *common law* (entendido como el derecho legal); los *equitable* eran creados por *Lord Chancellor*, basándose en la justicia, en la equidad; y los *legal* por el Rey. Hoy ya con jurisdicción común, derechos legales y derechos en equidad conviven tanto en las leyes (*statute law*) como en la jurisprudencia (*case law*) aunque la *equity* siempre conserva el papel de relajar las formalidades (30), aunque queda reducido con la LRA 2002.

(26) Ver apartado 4.

(27) Ver, sobre esta cuestión, NASARRE AZNAR, SERGIO, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 694 a 701. Sobre el sistema de *common law* en general, puede verse NASARRE AZNAR, SERGIO, «Seis temas de common law», en *La Notaría*, núm. 2, febrero 2003, págs. 44 a 54.

(28) Puede verse en NASARRE AZNAR, *La garantía...*, págs. 694 a 701.

(29) SHEARS & STEPHENSON, *Jame's introduction...*, pág. 18.

(30) Una explicación más amplia de todos estos conceptos, puede hallarse en NASARRE AZNAR, *Seis temas...*, págs. 45 y 46.

3.2. LA INCERTIDUMBRE SOBRE LOS TÍTULOS EN EQUIDAD

Con el régimen pre-LRA 2002 (31), desde que se acordaba por contrato constituir o transmitir un derecho (32) hasta que se inscribía (33), ya había nacido un derecho (34) de naturaleza real en equidad en favor del beneficiario/adquirente, el cual pasaba a ser propietario en equidad, acreedor hipotecario en equidad, arrendatario en equidad, usufructuario en equidad, etc., según el derecho que se quería constituir o transmitir.

De hecho, había nacido un *trust* por ministerio de la ley (*constructive trust*) (35), en el que el constituyente o transfiriente en favor de otro era el *trustee* (36) y el adquirente era el beneficiario, quedando el primero obligado (*bare trust*) a detentar la cosa en beneficio del beneficiario mientras no se culminaba —mediante inscripción (en fincas inmatriculadas) o mediante otorgación de *deed* (fincas no inmatriculadas)— la constitución del título legal.

Pues bien, este período entre la constitución del título y el registro del mismo había sido fuente de numerosos conflictos (37), de manera que la LRA

(31) Régimen que continuará existiendo hasta que no entre completamente en vigor la LRA 2002, lo que no sucederá hasta que lo disponga *Lord Chancellor*.

(32) Los contratos para vender o disponer de inmuebles en cualquier sentido deben hacerse por escrito (s. 53 [1] a LPA 1925) y deben incorporar, en un mismo documento, todas las cláusulas que las partes han acordado o, si se intercambian los contratos, en cada uno de ellos. El documento debe estar firmado por ambas partes (s. 2 [1] y [3] *Law of Property—Miscellaneous Provisions— Act 1989*).

(33) Además de la inscripción, se requería el *deed of transfer* y la entrega del *land certificate* (prueba del título suficiente del transfiriente, puesto que refleja su constancia en el Registro) al adquirente (SHEARS & STEPHENSON, *Jame's introduction...*, págs. 403 y 404).

(34) El mismo derecho que se quiere transmitir, pero solamente en equidad; será legal cuando se culminen todos los requisitos legales que, en caso de finca registrada, es la inscripción del derecho en el *Land Register*.

(35) Casos como el de *Re Rose* [1952] Ch. 499 y *Mascall v. Mascall* (1984) 50 P & CR 119 establecen claramente el nacimiento de un *trust* en caso de que falte un requisito formal, el cumplimiento del cual esté en el ámbito de un tercero diferente del transmitente. El primero se trataba de una donación de acciones de una sociedad, a la que le faltaba la inscripción en el registro de socios en el momento del fallecimiento del donante; el Tribunal entendió que los donatarios eran auténticos propietarios en equidad de las acciones y, dada su condición, pueden conseguir completar el título (que pase a ser legal), inscribiéndose como socios. El segundo versaba sobre la falta de inscripción de un negocio inmobiliario en el *Land Register*.

(36) SHEARS & STEPHENSON, *Jame's introduction...*, pág. 402.

(37) Estos conflictos provienen tanto del riesgo de que terceros puedan crear derechos sobre la finca en este espacio de tiempo, como que el transfiriente pueda actuar, incurriendo en *breach of trust*, en detrimento del adquirente (ejemplo, El caso *Brown & Root Technology Ltd. v. Sun Alliance & London Assurance* [2000] 2 WLR 566, donde el arrendador X cede su derecho de arrendamiento a Y para, después, renunciar a su arrendamiento ante el propietario). Además, no está claro desde cuándo aparece este *constructive trust*: si es desde el momento en que existe contrato, si este contrato debe necesaria-

2002 ha optado por un registro constitutivo de los derechos inmobiliarios: dado que el título y el registro del mismo se podían hacer coincidir electrónicamente, se establece que los contratos o disposiciones sobre inmuebles (38) no tendrán efecto (no transmitirán ni crearán los derechos reales) mientras no se registren (39) (momento en el que ya serán legales), evitando problemas de prioridad de derechos, puesto que la LRA no modifica la doctrina tradicional que entiende que lo relevante para la prioridad es la fecha del título y no la de entrada en el Registro (40). En otras palabras: «The new Act will replace “registration of title” with “title by registration”» (41).

Técnicamente, no obstante, es *Lord Chancellor* quien queda autorizado por la ley para exigir la inscripción de los contratos para que tengan efectos reales (s. 93 [2] LRA 2002). De momento, lo que prevé la ley es la posibilidad de crear un contrato y un *deed* electrónicamente (s. 91 LRA 2002), pero la finalidad última que persigue la ley es que, en menos de diez años, un contrato no pueda tener efectos reales (no transmita ni cree derechos reales) sin inscripción registral electrónica (42). Parte de la doctrina considera que deberá ser la jurisprudencia la que flexibilice esta norma, permitiendo crear «títulos formalmente imperfectos» si, por cualquier motivo, el contrato no puede acceder al Registro. Una posible solución podría ser la que aporta la propia ley en su s. 116: los efectos reales del *proprietary estoppel* (43).

Como vemos, este nuevo sistema de transmisión y creación de títulos sobre inmuebles (*land*) impuesto por la LRA 2002 rompe con la tradición

mente ser válido o si aparece con efectos retroactivos al momento de celebrarse el contrato desde que es válido. Esta cuestión es esencial para saber quién (si el titular legal o el titular en equidad) debe soportar el riesgo de la cosa, es decir, su destrucción o deterioro, dejándolo todo a una jurisprudencia vacilante (puede verse un extenso comentario sobre este *trust* y el *estoppel* en GRIFFITHS, GERWYN LL. H., *Formality and trust in contracts for the sale of land*, M. Phil. Option «A» Dissertation, Land Economy Department, University of Cambridge, Cambridge, 2001, y, en especial sobre esta problemática, las págs. 70 a 74).

(38) En el caso de muebles, siempre que la cosa esté ya especificada y que las partes no hayan estipulado otra cosa o lo estipulado no sea claro, la propiedad sobre la cosa pasa cuando se realiza el contrato: «Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both, be postponed» (s. 18 *Sale of Goods Act 1979*). En cualquier caso, quede claro que la regla que rige prioritariamente es que la propiedad se transmite cuando las partes lo acuerden (s. 17 [1] *Sale of Goods Act 1979*).

(39) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 13.76.

(40) Dado que constitución y registro serán simultáneos, se acaba el problema.

(41) DIXON, MARTIN, *Q & A Series. Land law*, 4.ª ed., Londres y Sydney, Cavendish Publishing Limited, pág. 19.

(42) Ver apartado 4.

(43) Vid. *infra*.

jurídica inglesa que consideraba que con el contrato (o declaración de voluntad, si es unilateral) se creaba ya un *property interest* en equidad en favor del adquirente. Por lo tanto, la *equity*, como moderadora de las rigidices formales de los derechos legales (creados según el *common law*) en base al principio de *equity looks on that as done which ought to have been done*, pierde terreno, de momento, en la constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles.

Este sistema de creación de derechos de naturaleza real sobre inmuebles coincide con el que nuestra LH prevé para la hipoteca (art. 145 LH) pero se aparta del sistema previsto en nuestro Código Civil para la creación de derechos reales sobre inmuebles que se basa en la *traditio*, bien mediante la entrega material de la cosa (difícil en bienes inmuebles) bien en un equivalente al desplazamiento posesorio, como es la entrega de llaves, de títulos de propiedad o, más comúnmente, por escritura pública notarial (arts. 1.462 a 1.464 del Código Civil). Es la *traditio* derivada de determinados contratos (de los que simplemente nacen obligaciones de entrega de naturaleza personal, por ejemplo, arts. 1.445 y 1.461 del Código Civil) la que transmite los derechos reales en el ordenamiento jurídico común en España (art. 609 del Código Civil) (44), como también sucede en Alemania (§ 925 BGB). En cambio, en Francia los derechos reales nacen por efecto directo de los contratos, sin necesidad de *traditio* (arts. 711, 1.138, 1.583, 2113.2, 2.127 y 2.134 del *Code Civil*).

La LRA 2002 crea, pues, una *tercera vía* en el panorama europeo para la constitución y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, apartándose de la propia tradición jurídica inglesa (creación de derechos de naturaleza real en equidad por contrato), de la constitución por *traditio* que se sigue en numerosos países europeos, entre ellos España, y de la tradición francesa de creación/transmisión de derechos reales por contrato. Desde la completa entrada en vigor de la LRA 2002, los derechos *in rem* sobre inmuebles en Inglaterra y Gales se crearán y transmitirán por inscripción registral electrónica.

3.3. EL FORTALECIMIENTO DEL PAPEL DEL *ESTOPPEL*

El *estoppel* es un derecho a caballo entre los *right in rem* y los *right in personam*. Dado que su eficacia real no estaba clara, el perjudicado solía

(44) Lo que también sucederá en el ordenamiento jurídico de Cataluña, por lo que se prevé en los artículos 534-1 y 512-3.2 del futuro Código Civil de Cataluña, recogidos en los Trabajos Preparatorios del Libro 5.º del Código Civil de Cataluña *Los Derechos Reales* (Generalitat de Catalunya, junio 2003).

recurrir, siempre que podía, directamente a reclamar la existencia de un *equitable right in rem*. No obstante, parece confirmarse su naturaleza real desde el caso *Lloyd v Dugdale* (45).

El *estoppel*, a diferencia de lo que sucede para la transmisión o creación de un derecho real en equidad, no requiere ni siquiera contrato. Simplemente requiere que se haya generado en el perjudicado, mediante un contrato que ha podido llegar a nacer o no, una *expectativa* de un derecho que, finalmente, no se ha confirmado por culpa imputable a la contraparte. Va más allá de la doctrina de la imposibilidad de venir contra los propios actos (art. 7.1 del Código Civil) que tiene carácter personal (y no real) (46). Se trata de que el perjudicado evite (se defienda de) una acción o actividad de otro que puede lesionar su expectativa de derecho y así pueda pararla (*stop*, y de ahí, *estoppel*).

Los requisitos jurisprudenciales para admitir un *estoppel* son (47):

- a) El propietario de una finca induce, anima o permite al actor creer que goza o que gozará de un derecho o beneficio sobre su propiedad.
- b) Confiando en este convencimiento, el actor actúa en su propio perjuicio, conociéndolo el propietario de la finca.
- c) Entonces el propietario busca conseguir una ventaja indebida del actor negándole el derecho o el beneficio que esperaba recibir.

En ese momento, nacerá una *equity* (un derecho inmobiliario en equidad) que dará derecho al actor a acudir a los tribunales para reclamar satisfacción. Este derecho es en equidad. El Tribunal decide, en su amplia discreción, cuál será el contenido de esa *equity*, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y el comportamiento y las expectativas de cada parte. Dicho contenido puede ser negativo (construyendo la actuación o ejercicio de derechos del propietario) o positivo (obligándole a transmitir o crear un derecho a favor del actor, pagándole una compensación o actuando en algún sentido).

Así, en *Crabb v Arun* (48), el señor Crabb tenía una finca a la que accedía a través de una entrada A a la que llegaba un camino con acceso a la vía pública que transcurría a través de la finca del señor Arun. Previendo que quería vender parte de la finca, el señor Crabb solicitó al señor Arun un segundo acceso a su finca, el B, explicándole el motivo; el señor Arun accedió e incluso, habiendo vallado su finca, dejó los huecos

(45) [2001] EWCA Civ 1754; [2002] 2 P. & C.R. 13 (CA).

(46) Ver, en este sentido la STS de 5-10-1987, FJ 4.º

(47) HARPUM, CHARLES, *Megarry and Wade. The law of real property*, 6.ª ed., Londres, 2000, Ed. Sweet & Maxwell, págs. 727 y 728.

(48) [1976] Ch. 179.

para los dos accesos. No obstante, la creación de la segunda entrada no quedó plasmada en ningún documento, sino que se quedó todo en fase de contacto (discusión general sobre el posible acuerdo) entre las partes. Tranquilo ya el señor Crabb, vendió a un tercero parte de la finca a la que se accedía por la entrada A. Él se reservó la parte de la finca a la que se accedía por la entrada B. Desarrollándose diferentes negocios en las terceras fincas, el señor Crabb se encontró un día por sorpresa su entrada B vallada por el señor Arun, de manera que no podían acceder los camiones de su empresa, causándole un gran perjuicio económico. El señor Crabb reclamó al Tribunal que el señor Arun, dado que ha vallado, debe ser *estopped* de no dejarle acceder a su finca (se le debe impedir que evite acceder al señor Crabb a su propia finca), dado que él actuó dividiendo la finca y vendiendo una de las partes confiando en la expectativa de un segundo acceso. El Tribunal le dio la razón porque:

«if he, by his words or conduct, so behaves as to lead another to believe that he will not insist on his strict legal rights - knowing or intending that the other will act on that belief - and he does so act, that again will raise an equity in favour of the other; and it is for a court of equity to say in what way the equity may be satisfied. The cases show that this equity does not depend on agreement but on words or conduct».

De manera que el *estoppel* es un *remedy* (recurso, solución, institución, remedio) de la *equity* para suavizar lo que sucedería a los ojos estrictos del *common law*. Según el *common law*, dado que no hay contrato, el señor Crabb no podría reclamar que se mantuviese la entrada B. Pero, dado que el señor Crabb actuó confiando en que ya tenía tal derecho, es decir, nació en él la convicción de que tenía este derecho y actuó en consecuencia (esta es la clave del *estoppel*), en equidad deberá dársele una solución: mantenimiento del acceso B sin coste alguno, para compensarle por los perjuicios que le ha causado el cierre. En cualquier caso, el contenido de cada *estoppel* se deberá ver caso a caso, conllevando, en ocasiones, el cumplimiento del contrato o de la obligación que se pretendió evitar.

Pero, hasta aquí, lo que queda demostrado es la eficacia obligacional de un *estoppel*. Pero lo que se preguntan aún la doctrina y los tribunales ingleses es si un *estoppel* tiene carácter real, es decir, si el señor Crabb podría haber clamado un *estoppel* contra un nuevo propietario de la finca del señor Arun. La tendencia para responder a esta cuestión la ha marcado recientemente *Lloyd v Dugdale* en sentido afirmativo que se avanza a lo que estipula el s. 116 LRA 2002: el *estoppel* funcionará como una *equity* respecto a los derechos inscritos y es capaz de afectar a los sucesores en el título.

En ese caso (49), el señor Ingham, quien detentaba un *leasehold* sobre una finca por 999 años, empezó tratos para, bien arrendar (transmitir el *leasehold*), bien subarrendar (gravar el *leasehold* con un *sub-lease*) la finca al señor Dugdale, el cual quería instalar allí la empresa JAD, de la que él era el mayor accionista. El señor Dugdale, confiando en el señor Ingham (quien le dijo que era hombre de palabra) empezó a desarrollar la finca para instalar la empresa, hasta que el señor Ingham aceptó una oferta mejor de un tercero y pretendía terminar los preacuerdos con el señor Dugdale. Ante esta situación, el señor Dugdale clamó tener un *proprietary estoppel* para evitar que el señor Ingham actuase en su perjuicio. En este punto, y fallecido el señor Ingham, los ejecutores de su herencia, habiendo adquirido el *freehold* sobre la finca, lo venden a Lloyd, quien conocía perfectamente la situación procesal de la reclamación del señor Dugdale; Lloyd registra su adquisición. Posteriormente, la empresa JAD del señor Dugdale se liquidó y fue él quien reclamó el *estoppel* contra Lloyd. Aparte de la problemática cuestión de quién tiene derecho a reclamar el *estoppel* (si el señor Dugdale directamente o JAD), uno de los miembros del Tribunal afirma sin justificar (como si fuese obvio) que el *estoppel* es *proprietary* y, por lo tanto, afecta a terceros adquirentes. Pero dado que el *estoppel* no constaba en el Registro, en lo único que puede basar el señor Dugdale su pretensión de reconocerle trascendencia real (*proprietary*) es en la detentación efectiva de la posesión de la finca en el momento de la venta de la misma. Finalmente, el señor Dugdale perdió el caso porque el Tribunal consideró que no era él directamente quien poseía, sino JAD (siendo el señor Dugdale simplemente su agente), que ya había sido liquidada cuando se produjo la venta. Aunque quedó claro que, de ser él quien ocupase directamente la finca, podría haber ejercitado su *estoppel* contra el tercer adquirente.

En definitiva, al *estoppel* se le acaba de dar, tanto en el ámbito jurisprudencial como por la LRA 2002 (s. 116), ese contenido real (puede afectar a terceros) del que carecía, y consigue lo que le faltaba para convertirse en un sistema de protección de derechos previo a la creación/adquisición de un derecho legal (un derecho aceptado por el *common law*). Por lo tanto, al tiempo que disminuye la importancia de los derechos en equidad para dicha protección, parece aumentar el papel que deberá desempeñar el *estoppel* tras la LRA 2002.

(49) Un interesante comentario del mismo puede verse en DIXON, MARTIN, «Proprietary estoppel, third parties and constructive trusts. A taste of the future», *Conveyancer and Property Lawyer*, Nov.-Dic. 2002, págs. 584 a 594.

4. REPERCUSIONES DE LA LRA 2002 SOBRE LA *MORTGAGE* INGLESA

La *mortgage* (50) inglesa (51) ya es una institución suficientemente flexible si la comparamos con la hipoteca accesoria continental (52), pero sufre las imperfecciones generales del Derecho Privado inglés y, especialmente, de su sistema registral. Así:

a) *Imperfecciones del Derecho Privado*. 1. La naturaleza jurídica de la *mortgage* inglesa aún es incierta. Aún se trata de un arrendamiento (*lease*) por 3.000 años (s. 85 LPA 1925), independientemente de si se constituye mediante una *charge* (gravamen directo sobre la finca equivalente a la transmisión de un derecho sobre la misma) o, efectivamente, transmitiendo dicho *lease* al acreedor. 2. Excesivo poder del acreedor hipotecario, el cual tiene una serie de *remedies* (derechos) para poder tomar posesión de la finca y venderla a un tercero o entregársela para que la administre sin necesidad de intervención judicial o, incluso, la posibilidad de quedarse con la finca (*foreclosure*). 3. Vacilación del *case law* ante la protección de los deudores hipotecarios (53). 4. Debilitamiento de la efectividad de la *mortgage* por la existencia de cargas ocultas e imprevisibles (*equities*). Así, en los últimos años ha causado muchos problemas el derecho en equidad oculto y preferente a cualquier otro gravamen que tenía todo cónyuge sobre la vivienda conyugal hipotecada por el mero hecho de vivir allí, especialmente a partir del caso *Barclays Bank Plc. v. O'Brien* (54). Hoy parece que la jurisprudencia, en base a motivos de teoría económica del derecho (esencialmente el gran perjuicio que se causaría al mercado hipotecario en caso de aceptarse dicho derecho en

(50) Etimológicamente, «prenda muerta» o «gravamen muerto» (*mortuum vadium*).

(51) Uno de los modelos de hipoteca que debe tenerse en cuenta para la futura eurohipoteca (vid. *infra*).

(52) Su utilización masiva en negocios financieros estructurados, como la titulación, donde la hipoteca continental tiene muchos problemas, es un ejemplo (ver NASARRE AZNAR, SERGIO, *Mortgage securitisation and mortgage bonds. Legal aspects and new regulation in Europe*, Dissertation M. Phil. Option A, 2003, Land Economy Department, University of Cambridge, págs. 41 a 51). Además, la *mortgage* puede separarse de la obligación garantizada (CLARK, WAYNE —coord.—, *Fisher and Lightwood's Law of Mortgage*, 11.ª ed., Bath, 2002, Butterworths, pág. 379), puede garantizar tanto bienes inmuebles como muebles (pudiendo ser estos últimos *choses in action* —derechos— y *choses in possession* —cosas—, CLARK, *Fisher and...*, pág. 551) y, si es en equidad, requiere menos requisitos formales que la legal.

(53) *Citibank International Plc. v. Kessler & another* [1999] 2 C. M. L. R. 603. En este caso, el Tribunal consideró que el hecho de que el acreedor hipotecario prohíba al deudor hipotecario que arriende la casa no va contra la Convención Europea de los derechos humanos.

(54) [1994] 1 A.C. 180.

equidad), se haya decantado (caso *Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge* [No. 2]) (55) por limitar ese *overriding interest* del cónyuge, pero el riesgo ha quedado ya patente.

b) *Imperfecciones del sistema registral*. 1. No obligatoriedad de inmatricular las fincas, que comporta la existencia de una multitud de registros, como ya se ha explicado. 2. Existencia de *overriding interests* que vencen incluso a los derechos registrados con anterioridad a su aparición. 3. Inseguridad en la prelación de los derechos reales y, en concreto, de las hipotecas. Así, por ejemplo, no es posible establecer una clara prelación entre segundas y subsiguientes hipotecas registrables, pero no registradas en el *Land Charges Register* sobre fincas no inmatriculadas: en orden temporal, A adquiere una segunda hipoteca sobre la finca X (56); después, B adquiere una tercera; A registra su hipoteca en el *Land Charges Register*; C adquiere una cuarta hipoteca; B registra su hipoteca y C registra la suya; la cuestión es que cuando B adquiere su hipoteca, desconoce que la de A existe y, por lo tanto, consigue prioridad; A tiene prioridad sobre C porque cuando C adquiere su hipoteca ya sabe que A tiene una; pero C tiene prioridad sobre B porque cuando la adquiere desconoce que B ya tiene una; por lo tanto: A tiene prioridad sobre C; B sobre A y C sobre B (!); es, por lo tanto, imposible ordenar estas prioridades. Esto sucede porque lo esencial es la fecha del título (la hipoteca existe desde entonces) y no la fecha del Registro, aunque sólo desde que se registra afecta a terceros. Otros problemas son la existencia de hipotecas no registradas, como las hipotecas legales sobre fincas no inmatriculadas, hipotecas en equidad sobre fincas inmatriculadas, etc.

Así, pues, la LRA 2002 dará más fortaleza y certeza a la *mortgage*, haciéndola más eficaz. Las áreas en las que se verá más beneficiada (57) serán:

- a) *Esclarecimiento del rango registral*. El sistema actual es deficiente (58). El sistema propuesto por la LRA 2002 es el siguiente: 1. La norma general es que la fecha de creación del título determine la prioridad de un derecho; 2. Como excepción, cuando un derecho

(55) [2002] 2 A. C. 773.

(56) Se supone que el señor Z tiene una primera hipoteca sobre dicha finca no inscrita; para asegurarse su derecho, habrá reclamado al deudor hipotecario que le entregue el *deed* de la finca, de manera que no necesita inscripción en el Registro, puesto que ya tiene suficiente protección, dado que el deudor no podrá (sin tener los *deeds*) constituir ningún derecho más fuerte que el que el primer acreedor hipotecario tiene.

(57) Como también el resto de derechos sobre fincas, como los *easements*, *profits*, *leases*, etc., puesto que sus titulares podrán comprobar en el Registro la existencia de otras cargas previas y prioritarias. También será fundamental para dar más seguridad al mercado inmobiliario (compra-venta de finques).

(58) Lo reconoce la LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 2.17.

registrable se registra, tiene prioridad sobre otro derecho registrable pero aún no registrado. Como habrá un período de convivencia entre la creación y transmisión de derechos inmobiliarios, dentro y fuera del Registro, esta regla tendrá plena virtualidad cuando dicha convivencia acabe y la inscripción equivalga a constitución o transmisión de título.

- b) Principio de cambio de *naturaleza jurídica de la mortgage* sobre fincas registradas (modificación de la s. 85 [3] *Law of Property Act 1925* [LPA 1925] por la *Schedule 11 LRA 2002*). Como ya hemos comentado, la *mortgage* en Inglaterra sigue siendo, en su esencia, un arrendamiento por 3.000 años (s. 85 [2] LPA 1925) y, por lo tanto, la manera ordinaria de hipotecar, según la ley (no en la práctica) es mediante la concesión de un *long lease* por 3.000 años al acreedor hipotecario (transmisión del título de arrendamiento sobre la finca gravada al acreedor hipotecario). La s. 85 [1] LPA 1925 equipara la constitución de una *charge* (simple carga sin traslación de ningún derecho) a un *lease* por 3.000 años. Dado que tras la completa entrada en vigor de la LRA 2002, los derechos sobre inmuebles sólo se podrán constituir registrándolos, la única vía de constituir una *mortgage* sobre finca registrada será mediante *charge*, de manera que, aunque algunas características seguirán recordando al *lease* (como la posibilidad teórica de todo acreedor hipotecario, en tanto que arrendatario que es, de poder acceder a la posesión de la finca desde el mismo momento en que se firma la *mortgage*), al menos en su constitución ya será un derecho independiente (diferente) del de arrendamiento (o sea, no se podrá constituir una *mortgage* entregando un derecho de arrendamiento al acreedor hipotecario) (59).
- c) *Eliminación* de algunos *overriding interests* e inscripción de otros. Los *overriding interests* son derechos (*equities*) que afectan a cualquier derecho, registrado o no, sobre una finca, amenazando a todo el sistema registral (60). Así, la LRA 2002 obliga a registrar los arrendamientos de más de siete años (no sólo los de más de veintiún años, como hasta ahora) para afectar a terceros y se permite (no se obliga) el registro de los *profits à prendre* (como las servidumbres de caza y pesca) y de *les franchises* (como las franquicias feudales del rey para celebrar un mercado o un feria) si duran más de siete años.

(59) Así lo concluye DIXON, *Q & A...*, pág. 23.

(60) DIXON, *Q & A...*, pág. 20. El autor señala que se ha llegado a un punto culminante de los *overriding interests*, puesto que actualmente son preferentes incluso cuando el afectado no los hubiera podido descubrir nunca (ocultos) (*Chhokar v. Chhokar* [1983] 5 FLR 313 y *Malory v. Cheshire Holmes* [2002]).

No obstante, queda aún una larga lista (*Schedule 1 LRA 2002*) de *overriding interests* que afectarán al que inmatricule la finca (pase de ser no registrada a registrada), como los arrendamientos de siete años o menos, el derecho de posesión del que realmente posee la finca, *profits à prendre* y *franchises* (si les quedan menos de siete años), los derechos de minas y minerales, etc. Todos estos, aunque reducidos en fuerza para mostrar que necesitan cierta publicidad, también afectarán al adquirente registral de finca ya inmatriculada (*Schedule 3 LRA 2002*; por ejemplo, la posesión del que posea realmente la finca debe ser patente, es decir, debe poder descubrirse, como también deben ser aparentes ciertas servidumbres para poder afectar al adquirente de la finca gravada).

- d) *Aumento* tanto del número de *fincas inmatriculadas*, aunque no todas, como de los *derechos inscritos*. La Corona podrá inscribir sus fincas detentadas en *demesne* por primera vez (61).
- e) *Mayor certeza y transparencia del Registro*, que reflejará más derechos que recaen sobre cada finca y con más veracidad. Así, habrá una mayor protección de los *minor interests*, sistematizando los diferentes tipos de anotaciones registrales (62), reduciéndolas a *notices* (dan conocimiento de la existencia de derechos a terceras personas, como el caso de acuerdos restrictivos o servidumbres) e *incumbrances* (indican las limitaciones de actuar de una sociedad o se usan para asegurar consentimientos o para asegurar el pago a *trustees* para provocar un *overreaching*) (63).
- f) *Reducción de los supuestos de usucapión (adverse possession)* de los que pretenden usucapir una finca *contra tabulas* (s. 96 a 98 LRA 2002). Por primera vez en Inglaterra se da mayor protección a los derechos registrados ante posibles usucapientes; se evidencia que el Registro es más fuerte que la posesión y que no es lo mismo usucapir *contra* el Registro que *sin* el Registro. Esto se entiende como una medida para promover la inmatriculación de las fincas. Con el nuevo sistema, el usucapiente podrá pedir el registro de su derecho como propietario transcurridos diez años de posesión; entonces, el registrador (*Registrar*) deberá notificar al propietario registral la intención que tiene el usucapiente; el propietario tendrá, desde entonces, dos años para objetar y expulsar al usucapiente.

(61) Vid. *supr.*

(62) DIXON, Q & A..., pág. 21.

(63) Sobre los tipos de anotaciones registrales existentes en el sistema pre-LRA 2002, puede verse NASARRE AZNAR, *La garantía...*, págs. 723 y 724; sobre el *overreaching*, ver NASARRE AZNAR, *La garantía...*, pág. 740.

- g) Más fácil acceso a las cargas existentes sobre las fincas y más agilidad en la negociación (ss. 91-94 LRA 2002). Aunque ya desde 1995 se podía acceder al contenido del Registro Inmobiliario inglés mediante internet, con la LRA, el Registro Inmobiliario se convierte en *electrónico*. Esto quiere decir que no sólo se puede tener acceso a las cargas de cada finca por medios telemáticos, sino también que las inmatriculaciones de nuevas fincas, la creación de derechos inmobiliarios y su transmisión se realizará electrónicamente (64). La implicación de la oficina del *Land Registry* será desde antes de que se haga la disposición inmobiliaria y culminará con el contrato y el *deed* electrónicos y con el registro de los mismos. En una transacción típica (por ejemplo, venta de finca inmatriculada o constitución de una hipoteca), todo el proceso se realizará en el entorno de una red segura de comunicaciones electrónicas (*secure electronic communications network*) a la cual sólo podrán acceder abogados (*solicitors*), agentes de la propiedad inmobiliaria (*estate agents*), negociadores inmobiliarios autorizados (*licensed conveyancers*) y prestamistas hipotecarios (*mortgage lenders*). Primero, las partes harán el contrato electrónicamente y lo enviarán, a través de estos agentes autorizados, a la oficina del Registro (*HM Land Registry*) por una intranet, donde se comprobarán electrónicamente los posibles errores del título, objeto, nombre del vendedor, etc. Una vez rectificado el contrato, las partes lo firmarán electrónicamente, se practicará nota automática y electrónicamente en el Registro para salvaguardar el rango (65) y se conservará una copia electrónica de dicho contrato. Completada la transacción, se producirá, simultáneamente, la transmisión o creación del derecho inmobiliario, los cambios correspondientes en el Registro y el pago de los impuestos (*stamp duty*) y de las tasas del Registro (*Land Registry fees*). El acceso limitado al Registro electrónico por personas autorizadas tiene como máxima finalidad establecer unos estándares para la negociación inmobiliaria (66).

(64) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 2.1.

(65) En el caso de celebración de un contrato que comporte la creación o transmisión de derechos inmobiliarios, resultará necesario practicar nota en el Registro (por cierto tiempo) para que el contrato llegue a ser eficaz, o sea, que finalmente se pueda registrar y dé lugar a la transmisión de los derechos reales (LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 9.69) y que los derechos del adquirente no se vean afectados por la inscripción de otros derechos incompatibles. La nota es especialmente interesante para los contratos bajo condición.

(66) LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration...*, núm. 271, par. 2.57.

5. EL MODELO DE REGISTRO *ON-LINE* INGLÉS COMO COMPLEMENTO PARA UNA EUROHIPOTECA. EL PROYECTO EULIS

En el camino para conseguir un mismo derecho real de garantía inmobiliaria para toda Europa con la finalidad de favorecer el crédito hipotecario transnacional (eurohipoteca) (67), se deberá tener en cuenta también cuál es el modelo registral que deberá amparar a ese derecho real, para que no se convierta en un obstáculo para su ágil negociación sin perder seguridad.

Así, la Federación Hipotecaria Europea (68), en tanto que aglutinadora de las diversas asociaciones hipotecarias europeas que agrupan a numerosas entidades de crédito en los diversos países (69), ya se ha pronunciado. Esta institución destaca la importancia y la necesidad de un registro *on-line* paneuropeo para desarrollar el crédito hipotecario transnacional.

De este modo, la LRA 2002 marca una tendencia que bien se podría (y debería) extender al resto de Europa: el Registro Inmobiliario *on-line*. Efectivamente, el Registro Electrónico da más fluidez a las transacciones relacionadas con bienes inmuebles, puesto que no sólo permite comprobar en cada momento e instantáneamente las cargas existentes sobre las fincas, sino que también permite una contratación más ágil mediante una intranet. Este modelo de Registro es esencial para conseguir una eurohipoteca: acceder a las bases de datos de las fincas en toda Europa sin coste e instantáneamente (70) y realizar las transacciones inmobiliarias desde cualquier punto de Europa sobre fincas situadas en cualquier territorio es, hoy por hoy, imposible. La LRA 2002 ha dispuesto los mecanismos para que, de momento, así sea en Inglaterra y Gales.

Si, finalmente, se optase por una eurohipoteca lo más flexible posible e independiente de la obligación que, en cada caso, vaya garantizando (71), un Registro Europeo Inmobiliario *on-line* sería su mejor complemento,

(67) El modelo de eurohipoteca que defendemos puede verse en NASARRE AZNAR, SERGIO, «La conveniència de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya», en *La Notarà*, núms. 11-12, diciembre 2001); y NASARRE AZNAR, SERGIO y STÖCKER, OTMAR, «Un pas més en la "mobilització" de la hipoteca: la naturalesa i configuració jurídica d'una hipoteca independent», en *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. I, diciembre 2002.

(68) EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Recommendations for the Improvement of the Efficiency of the Mortgage Collateral*, 2003, www.hypo.org, pág. 4.

(69) En España, la Asociación Hipotecaria Española, www.ahe.es.

(70) Confiando que sigan mejorando tanto la velocidad como la seguridad de las conexiones telemáticas.

(71) Sobre nuestro posicionamiento al respecto, ver NASARRE AZNAR y STÖCKER, *Un pas més...*, págs. 72 a 76.

tal y como ya parece apuntar el Proyecto EULIS, que comentamos a continuación.

Pero aún queda mucho camino por recorrer tanto en el ámbito de la eurohipoteca como en el del registro *on-line*. De momento la tendencia en toda Europa parece ser la de flexibilizar la negociación con inmuebles mediante hipotecas independientes (72) y registros *on-line* (73). Mientras que la primera de las vías (las hipotecas independientes) no parecen interesar, de momento, al legislador español (74), nuestro Registro de la Propiedad sí se suma a la segunda de las vías, la cual se está desarrollando esencialmente por tres Programas (75):

1. La «Consulta telemática del Registro» permite a cualquiera, con interés legítimo, poder obtener electrónicamente una nota simple en la que conste la identificación de la finca, titularidad y cargas, es decir, todo lo necesario para decidir si está conforme en negociar con ella.

De todas formas creemos que el sistema debería mejorarse en algunos aspectos: *a*) la respuesta no es inmediata (aunque sí suele ser rápida) porque

(72) Eslovenia se acaba de dotar de una hipoteca independiente (*Zemljiški dolg*) mediante la nueva Ley de Derechos Reales de 1 de enero de 2003. El proyecto de hipoteca independiente de Polonia (*Dług na nieruchomości*) está muy avanzado, aparte, naturalmente, de la ya existente *Grundschild* alemana (§ 1191 BGB), la *Schuldbrief* suiza (art. 793.1 del Código Civil suizo), la *önálló zálogjog* de Hungría (art. 269 del Código Civil húngaro) y la *Hüipoteek* de Estonia (arts. 325 a 364 de la Ley sobre Derechos Reales de Estonia). Un comentario de todas ellas puede encontrarse en NASARRE AZNAR, SERGIO y STÖCKER, OTMAR, «Models d'hipoteca independent en dret comparat. La regulació d'un dret real de garantia independent a Catalunya», en *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2, 2003, págs. 155 a 158. Un campo de estudio debe ser el funcionamiento de las garantías independientes en los países nórdicos.

(73) Los países que ya disponen de un Registro de la Propiedad consultable por internet son Dinamarca, Alemania, Irlanda, Holanda, Austria, Suecia y parcialmente en Italia (European Mortgage Federation, *Recommendations for...*, pág. 6).

(74) Tampoco parece reflejarse esta tendencia en el Código Civil de Cataluña, que está siendo elaborado actualmente. Efectivamente, en los Trabajos Preparatorios del Libro 5.º del Código Civil de Cataluña, *Los Derechos Reales* (Generalitat de Catalunya, junio 2003) sólo están previstas, de momento, las diversas modalidades de hipotecas accesorias relacionadas más directamente con la tradición jurídica catalana (arts. 568-24 a 568-35 de los Trabajos Preparatorios). Especialmente contundente es el artículo 532-3 de los Trabajos Preparatorios: «La transmissió dels drets reals de garantia es produeix juntament amb la del crèdit garantit». Esto condena a los derechos reales de garantía a la accesoriadad, que es opuesta a la agilidad, cosa que consideramos contraproducente.

(75) Más información sobre las tendencias telemáticas del Registro de la Propiedad Español (como también del Mercantil), puede conseguirse en www.registradores.org y en el CD-ROM editado por el COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA y UNECE, Firma electrónica avanzada. Consulta telemática al Registro. Sistema de Información Gráfica Registral, octubre de 2003. Agradezco, asimismo, las explicaciones y demostraciones vertidas sobre este punto por parte de don Nicolás Nogueroles y de doña María Concepción Iborra, Registradores de la Propiedad. Las opiniones son únicamente mías.

el Registro no es *on-line* (76), sino que «lo telemático» es solamente qué pregunta, consulta por parte del Registro correspondiente y respuesta se hacen a través de medios telemáticos, mientras que el Registro, propiamente dicho, sigue siendo en soporte papel; *b*) las lenguas disponibles para hacer las consultas y en las que se dan las respuestas son las oficiales en España, pero no se prevé la posibilidad de hacerlo en el idioma extranjero en el que lo pida el solicitante o, al menos, en inglés (77), lo que de momento no facilita la creación del «Euroregistro» de la Propiedad; *c*) el motor de búsqueda para hacer las solicitudes es mejorable, puesto que en ocasiones ofrece resultados indeseados (duplicaciones, ausencias injustificadas de titulares, etc.); *d*) todavía no es posible, hoy por hoy, que las partes puedan acudir a un Notario y que, en ese mismo momento, puedan no sólo tener la escritura pública sino inscribirla *on-line*, sino que deben sucederse una serie de trámites que producen dilaciones y gastos extras (78); *e*) algunas cargas no pueden especificarse electrónicamente en la nota simple todo lo que se necesitaría atendiendo a su complejidad.

2. El segundo Programa es el «Hermes Web» que permite, en base a un sistema de firma electrónica avanzada (79), remitir documentos electrónicos privados, administrativos, notariales o judiciales al Registro de la Propiedad. Este Programa puede contribuir en gran medida a aligerar las gestiones realizadas cotidianamente con la Oficina Registral.

(76) Aunque las oficinas del Registro suelen tener los datos esenciales de las fincas informatizados, siempre deben contrastarlos con los libros del Registro antes de dar respuesta.

(77) Por decir una lengua comúnmente conocida por los extranjeros que deseen interesarse por la situación registral de una finca sita en España. De todas formas, la traducción de instituciones podría mermar la seguridad ofrecida por el Registro, dado que ni una hipoteca es una *mortgage* ni un *profit* es un usufructo, por mucho que la finalidad jurídico-económica de ellas sea la misma.

(78) Aunque no haya problema para que conste como entrada en el Registro con efectos retroactivos el momento en que las partes efectuaron la escritura pública gracias a la comunicación notarial, ello no quita a que las partes deban desplazarse para, primero, satisfacer los pagos de impuestos correspondientes a la Oficina Liquidadora para, posteriormente, llevar a la Oficina del Registro la escritura para luego esperar, normalmente, unos días, con el fin de volver a recoger la escritura. Naturalmente, pueden dejar todo esto en manos de gestorías que, a cambio del tiempo perdido, exigirán una contraprestación económica sustanciosa.

(79) Los requisitos y eficacia de este tipo de firma electrónica, así como las entidades de certificación electrónica vienen regulados en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, 20-12-2003). Ver especialmente el artículo 3 de dicha norma, que prevé la existencia de «documentos electrónicos», es decir, aquel documento redactado en soporte electrónico cuyos datos estén firmado electrónicamente y que puede servir de base a documentos públicos (entre los que se encuentran los notariales y judiciales) y los privados, entre otros (art. 3.5 y 6).

3. Y, por último, está el Proyecto GEOBASE (Base de Datos Gráfica Registral) que permitirá adjuntar al Registro una representación gráfica de la finca, en base a la cartografía digitalizada facilitada por el Catastro, a la que se le podrá añadir información registral.

Según nuestra opinión (80) el disperso y rígido sistema hipotecario y registral en algunos estados europeos es una barrera para el desarrollo del crédito hipotecario transnacional, que favorecería tanto a instituciones de crédito, a las que se les amplía el mercado, como a deudores hipotecarios, beneficiados por la mayor competencia que surgiría entre los prestamistas (81). La solución viene a través de una eurohipoteca, entendida como un derecho real inmobiliario independiente y paralelo a las hipotecas existentes en los diversos ordenamientos jurídicos europeos (82). En el eficiente funcionamiento de una eurohipoteca tiene gran trascendencia el sistema registral; los requerimientos formales, gastos y tiempo en registrar una hipoteca deberían ser los menos posibles y los mismos en toda Europa para conseguir un auténtico mercado hipotecario europeo. Quizás la LRA 2002 inglesa pueda contribuir a marcar una tendencia hacia la flexibilización y la modernización de los aspectos registrales de esta eurohipoteca.

En este contexto de esta Europa dividida entre los Registros Inmobiliarios más modernos e innovadores y los aún anclados en el siglo XIX, aparece el Programa *European Land Information Service* (EULIS) (83) (enero 2002-junio 2004) en el marco del Programa «eContent» de la Unión Europea (84). Reúne a diversos países europeos (85), entre los que se ha incorporado España, con Registros Inmobiliarios *ya computerizados* y pretende eliminar las barreras que impiden un *acceso internacional a la información proporcional*

(80) NASARRE AZNAR, SERGIO y STÖCKER, OTMAR, «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliario no accesorio. El ejemplo de la Europa central», en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio 2002, págs. 916 a 918. Ver también STÖCKER, «La eurohipoteca», trad. Manuel Casero Mejías, en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620, pág. 158; y la doctrina (Segré, Wehrens, Foëx, etc.) citada en SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a ELENA, «Garantías sobre bienes inmuebles: la eurohipoteca», en SERGIO CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado europeo*, Madrid, 2003, Ed. Colex, págs. 997 a 1005.

(81) Este es uno de los objetivos del Programa EULIS, que comentamos a continuación, según lo señalan los propios impulsores del proyecto (www.eulis.org/proyecto/verview.htm).

(82) No coincidimos con las teorías armonizadoras de hipotecas accesorias nacionales que parece proponer la Federación Hipotecaria Europea en *European Mortgage Federation, Recommendations for...*, pág. 5.

(83) Información sobre este Programa puede encontrarse en su web oficial www.eulis.org.

(84) Puede verse la información en <http://www.cordis.lu/econtent/home.html>.

(85) Los países y Registros Inmobiliarios o de la Propiedad implicados son Suecia, Finlandia, Inglaterra y Gales, Escocia, Austria, Holanda, Lituania y Noruega.

da por los Registros Inmobiliarios y de la Propiedad y los Catastros, como son la ausencia de principios comunes para recoger y almacenar la información, inexistencia de un marco legal común y la ausencia de principios comunes para acceder a la información. Se quiere conseguir un acceso unificado para conseguir información fiable sobre derechos inmobiliarios y de la propiedad inmobiliaria a nivel internacional, sin violar las regulaciones nacionales sobre privacidad relativa a derechos inmobiliarios y atendiendo a las necesidades de los potenciales usuarios (determinar cuál es la información que les interesa conocer). De momento, el Proyecto no prevé la posibilidad de negociar con inmuebles o con derechos reales sobre inmuebles por una intranet, a diferencia de la LRA 2002 inglesa.

EULIS está organizado en diez áreas de trabajo que van desde cuestiones organizativas (como la coordinación del grupo, publicidad de la actividad del proyecto, valoración del mismo, tasas que se cobrarán por el servicio a los usuarios, cuestiones técnicas de funcionamiento de internet) hasta cuestiones más de contenido. Entre estas últimas destacamos:

- a) Área de trabajo 4. Trata sobre la información que debe estar disponible a todos los usuarios de este Registro Inmobiliario *on-line* internacional. Para que un operador inmobiliario pueda negociar en otro país, es necesario que conozca los diversos aspectos legales de ese país (de derecho sustantivo y registral), la terminología, etc. Debe saberse, pues, qué información proporcionan los Registros Inmobiliarios y los Catastros existentes en cada país y ver cuál es la información común ofrecida entre todos ellos para facilitar la búsqueda. Esta área se denomina *core information*, puesto que es la base de todo el proyecto: qué información sobre inmuebles se pone en común.
- b) Área de trabajo 5. Se encarga de determinar quiénes serán los futuros usuarios y qué datos necesitan saber para operar con inmuebles en otro país.
- c) Área de trabajo 10. Se encarga de analizar cuál será el impacto en los mercados inmobiliarios e hipotecarios de los países miembros, una vez ya esté en marcha el registro *on-line* internacional. También se encargará de estudiar la existente legislación inmobiliaria, contractual e hipotecaria de los estados implicados en EULIS para determinar las particularidades nacionales en dichos ámbitos.

6. CONSIDERACIONES FINALES

1. El sistema de inscripción constitutiva y *on-line* introducido por la LRA 2002 es un mecanismo de defensa del mismo sistema inmobiliario inglés. Se ha creado, esencialmente, para evitar el período de vacancia entre la

celebración del contrato y su registro, para reducir los *overriding interests* (cargas ocultas) y para clarificar el sistema de prioridad entre derechos inmobiliarios.

2. De la LRA 2002 se pueden extraer algunos aspectos útiles para otros sistemas registrales, como son la flexibilización, la modernización y la agilidad del Registro Inmobiliario o de la Propiedad. El acceso a los datos registrales de una finca (folios) a través de una intranet electrónica debería ser un objetivo primordial de todo sistema registral, así como también el poder hacer las inmatriculaciones, inscripciones y anotaciones *on-line* a través, por ejemplo, de los notarios (en los sistemas de notariado latino) y de los registradores mediante formularios electrónicos seguros, reduciendo así los costes y el tiempo de inmatriculación de fincas y la inscripción de hipotecas y otros derechos reales. Hacia ello tienden también los Programas iniciados por el Colegio de Registradores de España que permiten solicitar y emitir notas simples electrónicamente, enviar documentos al Registro mediante firma electrónica y añadir a las escrituras registrales una representación gráfica de la finca, aunque aún deben desarrollarse.

3. La LRA 2002 inglesa debe afrontar diversos retos para ser un éxito. Primero, la costosa (en tiempo y dinero), formación de los profesionales inmobiliarios que quedarán habilitados para realizar las transacciones inmobiliarias. Segundo, que el hecho de que sólo los acreditados puedan acceder al Registro y realizar las operaciones inmobiliarias provocará un alejamiento del poder directo de las personas para crear derechos, puesto que, hasta ahora, la transmisión y constitución de los títulos inmobiliarios lo hacía uno mismo (sin necesidad de intermediarios), adquiriendo simples formularios de contrato y *deeds* y llevándolos al Registro (86); ahora, los derechos inmobiliarios los crearán y los transmitirán intermediarios. Tercero, la incógnita, aún sin desvelar, de si la *equity* tendrá algún rol a desarrollar en la negociación inmobiliaria. Cuarto, la desconfianza que la nueva ley ha generado entre la doctrina (87). Quinto, el reto que en sí supone un Registro de la Propiedad completamente informatizado.

4. El nuevo Registro Inmobiliario o de la Propiedad que propone la LRA 2002 puede utilizarse como un modelo para el «Euroregistro de la Propiedad» que deberá acompañar a la futura eurohipoteca, puesto que permitiría la consulta y modificación (consecuencia de negociaciones inmobilia-

(86) Aunque la *Law Commission* y el *HM Land Registry* habían detectado que, al menos hasta la estandarización del formulario en 1997, un 50 por 100 de los títulos sometidos a inscripción incorporaban algún tipo de error (*LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, Land Registration...*, núm. 271, par. 13.12).

(87) Ver SMITH, ROGER, «The role of registration in modern land law», en *Land law. Issues, debates, policy*, Louise Tee (ed.), 2002, Ed. Willan Publishing, pág. 34; y DIXON, Q & A..., págs. 22 y 23.

rias) de los Registros nacionales desde cualquier Estado miembro, electrónica e instantáneamente, previa calificación por el Registrador (88).

5. El Proyecto EULIS es una interesante iniciativa que pretende adaptar los Registros Inmobiliarios y de la Propiedad y Catastros a las nuevas tecnologías y a las necesidades de potenciar el crédito hipotecario y la negociación inmobiliaria transnacionales en el marco europeo. La posibilidad de acceder a información de Registros y Catastros *on-line* es un importante paso para desarrollar un auténtico mercado inmobiliario e hipotecario europeo, como también lo es la flexibilización máxima de la hipoteca, aspecto que España debería desarrollar más.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CLARK, WAYNE (coord.), *Fisher and Lightwood's Law of Mortgage*, 11.^a ed., Bath, 2002, Butterworths.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA Y UNECE, *Firma electrónica avanzada. Consulta telemática al Registro. Sistema de Información Gráfica Registral*, octubre 2003, CD-ROM.
- DIXON, MARTIN, *Q & A Series. Land law*, 4.^a ed., Londres y Sydney, Cavendish Publishing Limited.
- «Proprietary estoppel, third parties and constructive trusts. A taste of the future», *Conveyancer and Property Lawyer*, nov.-dic. 2002.
- EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Recommendations for the Improvement of the Efficiency of the Mortgage Collateral*, 2003, www.hypo.org.
- GRAY, KEVIN, *Elements of land law*, 2.^a ed., Londres, Dublín y Edimburgo, 1993, Ed. Butterworths.
- HARPUM, CHARLES, *Megarry and Wade. The law of real property*, 6.^a ed., Londres, 2000, Ed. Sweet & Maxwell.
- LAW COMMISSION and HM LAND REGISTRY, *Land Registration for the Twenty-First Century*, núm. 254, 1998.
- *Land Registration for the Twenty-First Century. A Conveyancing Revolution*, núm. 271, 2001.
- NASARRE AZNAR, SERGIO, «La conveniència de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya», *La Notaría*, núms. 11-12, diciembre 2001.
- *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid, 2003, Ed. Marcial Pons.

(88) Aquí puede plantearse un problema añadido sobre las competencias territoriales de notarios y registradores en terceros países. La unificación en Europa de los derechos «registrables» (la eurohipoteca es solamente uno de ellos) y de los procedimientos registrales es una ardua tarea y, posiblemente, debería pasarse por una fase intermedia de formación y especialización de registradores y notarios para poder operar en terceros países, lo que podría dar lugar a un reconocimiento de sus operaciones por el país donde radica la finca negociada (tercer país).

- *Mortgage securitisation and mortgage bonds. Legal aspects and new regulation in Europe*, Dissertation M. Phil. Option A, 2003, Land Economy Department, University of Cambridge.
- NASARRE AZNAR, SERGIO y STÖCKER, OTMAR, «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliario no accesorio. El ejemplo de la Europa central», *RCDI*, núm. 671, mayo-junio 2002.
- «Un pas més en la “mobilització” de la hipoteca: la naturalesa i configuració jurídica d’una hipoteca independent», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. I, diciembre 2002.
- «Models d’hipoteca independent en dret comparat. La regulació d’un dret real de garantia independent a Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2, 2003.
- «Seis temas de common law», *La Notaría*, núm. 2, febrero 2003.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a ELENA, «Garantías sobre bienes inmuebles: la eurohipoteca», en SERGIO CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado europeo*, Madrid, 2003, Ed. Colex.
- SHEARS, P. & STEPHENSON, G., *Jame’s introduction to English law*, 13.^a ed., Londres, Dublin, Edimburg, 1996, Butterworths.
- SMITH, ROGER, «The role of registration in modern land law», en *Land law. Issues, debates, policy*, LOUISE TEE (ed.), 2002, Ed. Willan Publishing.
- STÖCKER, «La eurohipoteca», trad. Manuel Casero Mejías, en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620.
- Trabajos preparatorios del Libro 5.º del Código Civil de Cataluña, *Los Derechos Reales*, Generalitat de Catalunya, junio 2003.

8. CASOS Y LEGISLACIÓN INGLESES (EN ORDEN CRONOLÓGICO)

- Law of Property Act 1925.*
Land Registration Act 1925.
Re Rose [1952] Ch. 499.
Land Charges Act 1972 (LCA 1972).
Crabb v Arun [1976] Ch. 179.
Sale of Goods Act 1979.
Chhokar v. Chhokar (1983) 5 FLR 313.
Mascall v. Mascall (1984) 50 P & CR 119.
Companies Act 1985.
Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.
Barclays Bank Plc. v. O'Brien [1994] 1 A.C. 180.
Citibank International Plc. v. Kessler & another [1999] 2 C. M. L. R. 603.
Brown & Root Technology Ltd. v. Sun Alliance & London Assurance [2000] 2 WLR 566.
Abolition of Feudal Tenure Act 2000 (Escòcia).
Lloyd v Dugdale [2001] EWCA Civ 1754; [2002] 2 P. & C.R. 13 (CA).

Malory v. Cheshire Holmes (2002).
Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge (No. 2) [2002] 2 A. C. 773.
Land Registration Act 2002 (LRA 2002).
Land Registration Rules 2003.

Doctor SERGIO NASARRE AZNAR
Área de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili
sna@fcj.urv.es

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Algunas consideraciones sobre la propuesta de convenio en la Ley Concursal (arts. 99 a 103) (*)

SUMARIO: I. EL CONVENIO TRADICIONAL. Y EN LA LEY CONCURSAL.— II. LA PROPUESTA DE CONVENIO: REQUISITOS FORMALES DE LA MISMA: 1. LA FORMA ESCRITA. LA FIRMA DEL DEUDOR O, EN SU CASO, LA DE LOS ACREEDORES PROPONENTES. 2. LA JUSTIFICACIÓN DEL CARÁCTER REPRESENTATIVO DE LAS FIRMAS.—III. EL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CONVENIO: 1. LA QUITA Y LA ESPERA: LÍMITES DE SU PROPOSICIÓN. 2. LAS PROPOSICIONES DE CONVENIO CON CONTENIDO ALTERNATIVO: 2.1. *Consideraciones generales.* 2.2. *Convenios de renegociación del pasivo del deudor mediante la capitalización de sus deudas.* 2.3. *Convenios de reestructuración empresarial-profesional.* 2.4. *Prohibición de propuestas consistentes en cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacer sus deudas.* 2.5. *Los planes de pagos y de viabilidad, en su caso, en el contexto de la propuesta de convenio.*—IV. LAS PROPUESTAS CONDICIONADAS.—V. LAS ADHESIONES DE LOS ACREEDORES A LA PROPUESTA DE CONVENIO.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV. Autores Varios.
ALC Anteproyecto de Ley concursal (versiones de los años 2000 y 2001).
LC Ley concursal.
PLC Proyecto de Ley concursal (año 2002).

(*) Este trabajo es una parte resumida de la conferencia pronunciada el 4 de marzo de 2004 en el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, dentro del Curso Superior de Derecho Concursal organizado por el mismo.

I. EL CONVENIO TRADICIONAL. Y EN LA LEY CONCURSAL

La Disposición Décima del Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de nuestro Derecho Concursal de 31 de marzo de 2002, señalaba que el régimen de *convenio* está animado por el positivo deseo de: «*impulsar el procedimiento concursal, agilizar su tramitación y permitir una rápida reacción frente a situaciones de crisis e insolvencia*» y añadía: «*así como impedir que el proceso judicial comporte dificultades añadidas a las ya generadas en las relaciones entre el concursado y sus acreedores*».

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que el *convenio* es la parte fundamental del concurso y lo expresa de ese modo la propia Exposición de Motivos de la LC, de 9 de julio de 2003, en el apartado VI de la misma cuando lo considera como la solución normal del concurso orientada a alcanzar la plena satisfacción de los acreedores a través de un acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de acusada libertad, la cual, sin embargo, en ocasiones, tiene límites, aunque pueda presentar *una propuesta anticipada de convenio* (regulada en los arts. 104 a 110, inclusive, de la Ley). Todo ello, sin olvidar (al tema le dedicamos varias consideraciones en este trabajo) que caben las propuestas con contenidos alternativos (art. 103 LC).

Aunque sea en síntesis, en estas generalidades, conviene recordar los antecedentes más inmediatos del convenio entre el deudor y sus acreedores, es decir, la quiebra y la suspensión de pagos. Tradicionalmente la naturaleza jurídica del convenio ha sido la de considerarle como un *negocio* entre esas partes en los procedimientos concursales. La LC no se ha apartado de lo que viene siendo tradicional desde hace más de un siglo en nuestros procedimientos concursales: el respeto a la voluntad negocial de las partes: deudor y acreedores. En el Derecho Concursal tradicional o histórico, como quiera llamársele, el modo normal de terminación de los procedimientos ha sido el convenio tratando de evitar los daños económicos de *la liquidación de la empresa*. Hace muchos años advertía el maestro GIRÓN TENA, J., que ello es beneficioso no sólo para la economía en general, sino para los mismos acreedores, ya que se facilita al deudor el saneamiento de su empresa para que pueda ir pagando a éstos en la forma y plazos que convengan.

La idea y la finalidad *conservativa* del convenio late a lo largo y ancho de la LC y, a guisa de ejemplo, podemos citar el artículo 40 de la misma donde el deudor, en caso de concurso voluntario, es decir, aquél cuya declaración la ha pedido él mismo, conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, eso sí, el ejercicio de las mismas queda sometido a la intervención de los administradores concursales. También se puede citar en este orden de cosas el artículo 84.2.5.º LC, que considera como *crédito contra la masa* el generado por el ejercicio de la actividad profesional

o empresarial del concursado tras la declaración del concurso, y ello, hasta que el Juez acuerde el cese de la misma o apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso (estos créditos, como ha precisado la profesora ALONSO LEDESMA, C., tienen la finalidad de buscar soluciones *conservativas* y no meramente *liquidatorias* del patrimonio del concursado. Vid. «Delimitación de la masa pasiva. Las clases de créditos y su graduación», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, pág. 365, Madrid, 2003).

Dos palabras sobre la naturaleza jurídica del convenio, teniendo en cuenta los antecedentes de nuestro Derecho Concursal. La propia Exposición de Motivos de la LC señala que el convenio es un *negocio jurídico*, aunque con optimismo, quizá exagerado, añade: «*en el que la autonomía de la voluntad alcanza cotas muy altas*». Desde luego, en ese componente negocial, el convenio se rige por el artículo 1.255 del Código Civil, pero el dogma de la autonomía de la voluntad de las partes que proclama este precepto, se quiebra en la LC, sin ir más lejos, en el artículo 100 que veremos luego. Y ello, porque la propuesta de convenio no se puede ofertar libremente sino con unos condicionamientos que ese artículo señala (en este sentido, FLORES DOÑA, M.^a S., en un magnífico trabajo, inédito en los momentos en que lo he manejado, mayo de 2004, por delicadeza de su autora, sobre: *Propuestas de convenio con contenido alternativo*). La misma autora señala que *el negocio concursal* tiene un carácter especial o *sui generis* (hace años así lo advirtió el maestro GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 8.^a edición revisada y puesta al día por SÁNCHEZ CALERO, F., pág. 531, Madrid, 1983. También DUQUE DOMÍNGUEZ, F. J., «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», en *Anuario de Derecho Civil*, pág. 87, 1980, considerando que estamos ante un negocio jurídico especial, ya que es discutido y acordado por la Junta de Acreedores). En 1995, el querido y recordado colega GARCÍA VILLAVERDE, R. (vid. «Convenio de la quiebra», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, pág. 1692) decía que la génesis del convenio es contractual ya que hay una propuesta del deudor (que la LC en los arts. 104 y sigs. permite incluso que pueda ser anticipada de convenio) que requiere, en su caso, la aceptación de los acreedores, lo que hoy llama la Ley Concursal adhesión de los mismos a la propuesta (sobre la base negocial del convenio, vid., entre otros, BELTRÁN, E., «El convenio en la propuesta de ALC concursal del profesor Rojo, A.», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, págs. 100 y sigs., 1997).

Por otro lado, de los artículos 99 al 141, inclusive, que comprenden la regulación de la fase de convenio, se desprende con claridad esa caracterización de «*instituto concursal solutorio*» a la que aludía GIRÓN TENA (vid. «Los institutos concursales en el ALC: sus funciones y relaciones», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, págs. 140 y sigs.,

número monográfico 8, Madrid, 1985), cuando con frase muy gráfica señalaba: «*el convenio quiere aplicarse a los supuestos desgraciados de personas honestas*». En el mismo sentido, la profesora PULGAR EZQUERRA, J. (sus trabajos en la materia concursal son numerosos pero, a guisa de ejemplo, para el tema que nos ocupa señalaremos: «Las soluciones al concurso de acreedores: El convenio y la liquidación», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, págs. 435 y sigs., y en especial las 437 y sigs., Madrid, 2003. AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y por ella misma).

Por tanto, la solución prioritaria del concurso en la LC es alcanzar un convenio entre el concursado y sus acreedores dentro de la negociación, primando la finalidad *conservativa* de la empresa cuando el deudor sea empresario y así tratar de conseguir la futura *viabilidad* de la empresa. (vid. la misma PULGAR EZQUERRA, J. en *Las soluciones*, cit., págs. 439 y sigs.).

Terminamos este apartado I señalando, por lo expuesto anteriormente, que el convenio es la parte fundamental del concurso y se considera como la solución más apropiada para lograr el fin primordial cual es la satisfacción de los acreedores mediante el mismo y no a través de la fase de liquidación (vid., en este sentido, GONZÁLEZ PASCUAL, J., *El concurso de acreedores. Una nueva solución para las empresas financieras*. Centro de Estudios Financieros, pág. 109, Madrid, 2003).

Por otro lado, hay que aplaudir que el legislador admita que las *propuestas de convenio* las pueda presentar no sólo el concursado sino también sus acreedores, lo que le acerca más a una especie de «*Ley pactada*», eso sí, con ribetes contractuales y procesales, ya que para que el convenio tenga eficacia se necesita la aprobación judicial (vid. arts. 109.2., 130 y 131.1., entre otros de la LC y la STS de 27 de febrero de 1993). Indudablemente la LC ha optado por *potenciar* el acuerdo —el convenio en su terminología— entre el deudor y sus acreedores al margen de la intervención judicial, pero sin poder, en determinados momentos, obviar la misma, como hemos señalado (en este sentido, vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Las soluciones al concurso*, cit., pág. 440).

En suma, en el convenio que estudiamos en este trabajo (arts. 99 a 103 LC) como pieza básica del concurso, estamos ante una propuesta realizada por el concursado fuera de la Junta de Acreedores, recordando el histórico Derecho Concursal español, a punto de derogarse, de los convenios entre quebrado o suspenso y sus acreedores y que mencionaba GONZÁLEZ HUEBRA, P. (vid. su *Tratado de Derecho de quiebras*, págs. 206 y sigs.) en relación al Código de Comercio de 1829, cuando decía: «*la proposición formal de un convenio debe hacerse a todos los acreedores reunidos en Junta y en ésta es donde puede hacerse y votarse*». El propio GONZÁLEZ HUEBRA consideraba que también la proposición de un convenio en la quiebra podrá hacerse «*fuera de Junta*» a uno o a muchos acreedores reunidos (una exposición del pensamien-

to sobre el tema de GONZÁLEZ HUEBRA, P. y otros destacados mercantilistas de la época, como MARTÍ DE EIXALA, puede verse en ROJO, A., «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. III, págs. 3247 y sigs. Valencia, 1995).

En el momento actual, como recordaba en su informe de 6 de noviembre de 2001, el Consejo General del Poder Judicial, la finalidad primaria de los procedimientos concursales ya no se logra con *la liquidación prioritaria de los bienes del deudor* porque esa es una solución: «*desesperada*», pero no solución. La liquidación es *una medida extrema* a la que debe acudir cuando no haya otra solución mejor. Pues bien, el objetivo de solución del concurso puede venir a través del *convenio* entre el deudor y sus acreedores pero, naturalmente, siempre que se estime que hay *viabilidad futura*, si se trata de concursado empresario que lo será en la mayoría de la ocasiones. En este sentido, recordaba el informe del Consejo General del Poder Judicial que: «*la insolvencia no elimina a la empresa, es ésta la que se pretende que elimine a la insolvencia*».

II. LA PROPUESTA DE CONVENIO: REQUISITOS FORMALES DE LA MISMA

El artículo 99 LC se refiere a los requisitos formales que «*toda propuesta de convenio debe contener*», con cuya expresión no hay duda de que también se refiere a la anticipada de convenio (arts. 104 y sigs. LC). En primer lugar, hay que resaltar que el artículo admite la posibilidad de que la propuesta de convenio contenga *distintas alternativas*, tema del que nos ocupamos en el estudio del artículo 102 LC y allí nos remitimos.

La doctrina, en general, estima que los requisitos de forma que pide para la propuesta de convenio el artículo 99 LC son *innecesarios* (así se expresó el profesor ROJO, A. en una brillante conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores de Vizcaya, el 15 de diciembre de 2003). Pero, en cualquier caso, ahí está la letra de la Ley y por ello vamos brevemente a ver, separadamente, los requisitos formales de la propuesta de convenio y el alcance de los mismos:

1. LA FORMA ESCRITA. LA FIRMA DEL DEUDOR O, EN SU CASO, LA DE LOS ACREEDORES PROPONENTES (ART. 99.1 LC)

En primer lugar, este precepto del artículo 99 LC pide que, *toda propuesta de convenio* se formule por escrito y firmada por el deudor o, en su caso,

por todos los acreedores proponentes o por sus respectivos representantes con poder suficiente y podrá contener distintas alternativas. Aspecto este último (recogido no sólo en este art. 99 LC, sino en el 100.2 y, en concreto, en el 102 LC, que veremos a continuación) que demuestra el carácter dispositivo y negocial que debe presidir el convenio y que contrasta con el imperativo que se desprende de la expresión: «...deberá contener» del artículo 100.1.1.º de la misma Ley concursal y que, además de la referencia a *las proposiciones alternativas* mediante una cláusula general, luego la LC recoge diversos supuestos de las mismas en el apartado 2.º del artículo 99 y en el mismo del artículo 100, sobre todo, aunque luego sea restrictivo en determinados supuestos de esas propuestas.

Tras las anteriores precisiones conviene ya referirse a las formalidades que pide el artículo 99 LC para toda propuesta de convenio. Al decir la LC, que la propuesta se formulará por escrito, recuerda a nuestras Ordenanzas de Bilbao de 1737 que prohibían: «*los pactos particulares entre acreedores y quebrado sin noticia y consentimiento del quebrado*», siendo la Ley de suspensión de pagos y quiebras de las Compañías de Ferrocarriles la que por vez primera introdujo en nuestro Derecho la tramitación escrita del convenio en los procedimientos concursales.

Por tanto, todas las propuestas formuladas en fase de convenio, incluso las tramitadas antes de 1 de septiembre de 2004, deberán cumplir las formalidades del artículo 99 de la misma. Es decir, ser presentadas por escrito con la firma del deudor de su propio puño y letra aunque hay que pensar en que también caben las huellas dactilares para los que no saben firmar. Respecto a la firma electrónica (Ley de 19 de diciembre de 2003) tampoco parece, en principio, que haya problema para admitirla, dado que es un conjunto de datos que permite que puedan ser utilizados como medio de *identificación* del firmante no sólo en documentos públicos sino en privados (art. 3 de la citada Ley). También, en su caso, se necesita la firma de todos los acreedores autores de la propuesta o por los respectivos representantes, tanto del deudor como de los mismos con poder suficiente (si se trata de una sociedad concursada será el poder suficiente de los miembros de su órgano de administración, ya que por el mero hecho de ser *administradores* pueden presentar propuesta de convenio al igual que ocurre en la letra de cambio cuando el librador es una persona jurídica).

¿Qué sucederá cuando no se acredite suficiente poder para poder formular una propuesta de convenio? Pues que el Juez del concurso, vía artículos 106 y 114 LC, tras la previa subsanación del defecto admitirá a trámite la propuesta, o en caso contrario, la rechazará.

Este número 1 del artículo 99 LC, *in fine*, dice que: *debe darse traslado de las propuestas presentadas a las partes personadas* (quizá la expresión *traslado* no sea la estrictamente correcta y a lo que se está refiriendo el

artículo 99.1.1.º es que del texto donde se recoge el contenido de la propuesta de convenio debe enviarse *una copia* a las partes que están personadas en el concurso. Tal como advierte ILESCAS RUZ, A. V., en *Derecho Concursal práctico*, AA.VV., dirs. por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., pág. 499, Madrid, 2003). ¿Quiénes son esas partes? Tampoco la LC es explícita en este tema, pero entiendo que se refiere a las que contempla el artículo 184 de la misma, o sea: el deudor concursado, los administradores concursales y, excepcionalmente, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), el Ministerio Fiscal y a tenor del apartado 4.º del artículo citado: «*cualquier persona que tenga interés legítimo en el concurso*». Todas ellas deben estar representadas por Procurador y asistidas de Letrado con excepción de lo que dispone la Ley de Procedimiento Laboral en la representación y defensa de los trabajadores (el art. 21 de este texto legal refundido de 7 de abril de 1995 permite, en este caso, que la defensa por abogado sea facultativa o que éste se le designe al trabajador en turno de oficio).

El mismo artículo 184 LC permite solicitar la declaración de concurso y, por ende, comparecer en el procedimiento a los acreedores y demás personas legítimas, pero siempre con intervención de Procurador y asistencia de Letrado, como queda dicho (de todos modos, hay que advertir que el art. 185 reconoce a los acreedores que no han comparecido en el procedimiento el derecho al que se refiere el art. 140 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: *examinar en el Juzgado los documentos relativos a sus créditos*. ¿Se encuentra la propuesta dentro de ese examen? Aunque se ha afirmado que ni la más generosa interpretación puede llevar a esa solución en sentido afirmativo (vid. ILESCAS RUZ, A. V., *Derecho Concursal...*, cit., pág. 500, nota 9) entiendo que cabe esa inclusión dentro del examen de los documentos en el Juzgado porque es uno de partida, esencial para que el acreedor se *adhiera* a la propuesta formulada.

2. LA JUSTIFICACIÓN DEL CARÁCTER REPRESENTATIVO DE LAS FIRMAS

Las firmas de las propuestas y, en su caso, la justificación de su carácter representativo, *deben estar legitimadas*. El precepto, desde luego, es algo confuso porque cabe preguntarse qué sucede en el supuesto de que la legitimación para formular una propuesta sea una facultad del titular de un derecho concedido por la propia Ley Concursal. ¿Tiene esto algo que ver con la legitimación? Quizá, a mi juicio, hubiera sido más acertado decir que el carácter representativo de las firmas debería *autenticarse*, criterio que he visto en varios autores en el breve espacio de tiempo que lleva la LC en vigor.

Este requisito de la *legitimación* de las firmas y, en su caso, de la justificación de su carácter representativo no ha sido recogido en nuestros proce-

dimientos concursales tradicionales, aunque sí en otros ordenamientos de Derecho europeo. Llegados a este punto convendría preguntarse: ¿Qué pretende con la exigencia de esa formalidad el legislador en el artículo 99.2? Estimo que el evitar la formulación de *propuestas de convenio falsas*, aunque la práctica demuestra que las mismas no se han producido con profusión en nuestro Derecho Concursal. La legitimación de las firmas hay que hacerla ante Notario o ante el Secretario del Juzgado donde se tramite el concurso, y si la propuesta contiene compromisos de pago a cargo de terceros para prestar *garantías, asumir cualquier obligación o financiación*, deberá, además, ir firmada por los que han adquirido esos compromisos (la LC emplea una palabra curiosa para referirse a los mismos: *compromitentes*) o sus representantes con poder suficiente. Esto, equivale a que parece que la LC admite propuestas de convenio de *asunción de pasivos por terceros* tal como recogía la Propuesta de reforma concursal del profesor ROJO, A., de 1995.

III. CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

El artículo 100 LC, en varios apartados, se refiere al contenido de la propuesta de convenio. Y lo hace con carácter *imperativo* al decir: «*deberá contener*». Vamos a ver los diferentes puntos de este artículo 100 LC.

1. LA QUITA Y LA ESPERA: LÍMITES EN SU PROPOSICIÓN

Las proposiciones de las tradicionales quita y espera forman parte esencial de la propuesta de convenio con los límites que el apartado 1.º del artículo señala: para las proposiciones de quita, el no poder exceder de la mitad de cada uno de los créditos ordinarios y para las de espera no poder exceder de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Ahora bien, de modo excepcional, cuando se trate de empresas cuya actividad pueda tener especial *relevancia* para la economía, el Juez del concurso puede *autorizar motivadamente* la supresión de dichos límites siempre, además, que lo prevea el plan de viabilidad y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica. Hay que hacer notar el cambio del apartado 2.º del artículo 100.1 en relación al ALC de septiembre de 2001, que se refería a *empresas vinculadas a sectores en proceso de reestructuración*. Ahora, la excepción del artículo 100.1.2.º LC se basa en que se trate de empresas cuya actividad *pueda tener especial trascendencia para la economía*.

En el tema de los límites del contenido del convenio relativos a las proposiciones de quita y espera, el Consejo General del Poder Judicial en su

informe de 6 de noviembre de 2001, ya citado antes, se mostró contrario al reconocimiento del principio de *libertad absoluta del convenio*, aún cuando reconocía que esos límites eran enormemente *restrictivos* de la libertad de los interesados en la negociación de la propuesta de convenio. El cambio operado en el «*iter legislativo*», como en su día advirtió el profesor Rojo, A., se debe, en gran parte, a que las dimensiones de las empresas determinan el contenido del convenio y éste varía con una u otra rompiendo el clásico principio concursal de la: *par conditio creditorum*. De esa consideración del citado profesor se deduce, por ejemplo, que las pequeñas y medianas empresas (PYMES) tendrán que ajustarse a estrechos límites en la negociación para poder llegar *al acuerdo germen* del convenio, lo que no ocurriría en el caso de las llamadas «*macroempresas*».

Llegados a este punto se podría preguntar lo siguiente: ¿qué pretende el artículo 100.1 de la LC? Estimamos que acabar con la práctica de los procedimientos concursales tradicionales en nuestro Derecho Concursal, de convenios que se aprobaban fácilmente trayendo consigo muchas injusticias y abusos que fácilmente se recuerdan. Y también, el legislador, con la medida del artículo 100.1, quiere reducir el riesgo del cobro de sus créditos por parte de los acreedores. Ahora bien, hay que recordar que en el propio texto de la LC existen mecanismos de protección de los acreedores, por ejemplo, el que señala el artículo 92.5 dentro de *los créditos subordinados* cuando incluye dentro de los mismos a aquéllos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor.

Hay que recalcar que el plazo de *espera* se debe contar desde *la firmeza* de la resolución judicial que apruebe el convenio aunque, a nuestro juicio, quizá hubiera sido mejor decir: «*desde la fecha de la sentencia que declara aprobado el convenio*» porque éste adquiere plena eficacia desde la fecha de esa sentencia (art. 133 LC), con la excepción de que, recurrida la misma, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión. A tenor del artículo 197.5 LC, cabe un Recurso de Apelación contra la sentencia y en este caso, parece que la *espera* debería de contarse, en su plazo, cuando se confirme la aprobación judicial del convenio si bien no se nos oculta, entretanto, la posibilidad de pactos *fraudulentos* entre el deudor y sus acreedores para *alargar* los términos de la misma.

2. LAS PROPOSICIONES DE CONVENIO CON CONTENIDO ALTERNATIVO

2.1. Generalidades

Dentro del contenido de la propuesta de convenio, el artículo 100.2 permite que las mismas presenten uno alternativo para todos los acreedores o

para los de una clase, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones u otras cuotas sociales o en créditos participativos. La regulación concreta de estas proposiciones o propuestas está luego en el artículo 102, por lo que vamos a referirnos en este apartado *in extenso* al tema, el cual, por cierto, no es novedoso en nuestro Derecho Concursal, ya que en la arcaica y frondosa legislación de los procedimientos concursales, tampoco ha existido obstáculo para el establecimiento de las mismas, pero no existe una normativa específica como la de la LC. Las propuestas *alternativas* son una solución para las que con carácter obligatorio, señala el artículo 100 LC, tal como hemos visto.

Dentro de estas consideraciones generales, se puede plantear la cuestión de qué acreedores, a tenor del artículo 100.2, pueden presentar *proposiciones alternativas*, porque no especifica el precepto a cuáles se refiere en concreto. Pues como la ley no distingue se me ocurre pensar en dos caminos alternativos para la solución: *a)* que el artículo 100.2 LC está refiriéndose a las clases de acreedores, según la graduación de sus créditos, o, *b)* acudir a los mismos atendiendo su criterio o sentido económico (laborales, financieros, etc.). Pero estimo solución «*más concursal*», la primera.

Por otro lado, los acreedores que voten en contra de la propuesta alternativa de convenio podrán ejercitar la elección que les concede el artículo 102.1 LC entre las diversas presentadas con ese carácter.

La *proposición alternativa* normalmente consistirá en diferentes fórmulas de pagos entre las que pueden optar los acreedores. Si no hay elección, hay opiniones que estiman que la oferta no puede consistir en: *conversión de créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos* (ello a pesar de la terminante admisibilidad del art. 100.2 LC) considerando que esas proposiciones alternativas se dan en defecto de las de quita y espera. No comparto esa opinión porque estimo que la propuesta puede contener proposiciones alternativas, incluidas las citadas del artículo 100.2. Relación, por otro lado, *enunciativa*, ya que eso se desprende de la regla general del artículo 99.1 cuando dice: «*toda propuesta de convenio que podrá contener distintas alternativas...*». La verdad es que no vemos argumento sólido para señalar la incompatibilidad entre las proposiciones de quita y espera con los convenios de negociación del pasivo mediante la capitalización de deudas del concursado, conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o cuotas participativas, etc. (vid., por ejemplo, el Derecho francés, portugués, la ordenanza alemana de 1994 o la Ley Concursal mejicana de 2001).

Lógicamente, dentro de esas *proposiciones alternativas* no se puede olvidar que el artículo 100.2.2.º admite la inclusión en la propuesta de convenio de la enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades

productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. El legislador, a continuación, manifiesta que en las propuestas —las proposiciones— se debe incluir necesariamente la *asunción* por el adquirente de la continuación de la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos a los acreedores. Y añade: «*en estos casos deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores*», tan olvidados en los ALC de 2000 y 2001 y, en menor escala, en el PLC, como tuvimos ocasión de manifestar (vid. *Los créditos salariales y otras cuestiones laborales*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., *Estudios sobre el ALC de 2001*, Dilex, págs. 207 y sigs., y sobre todo la 218 y sigs., Madrid, 2002). Este es uno de los *mecanismos de freno* a la posibilidad de proposiciones *desmedidas*, aunque no el único (vid., a título de ejemplo, el art. 106.3 LC, aludiendo al rechazo de la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, entre otros supuestos, cuando el Juez aprecie infracción legal en el contenido de la misma o cuando el deudor estuviere incurso en alguna de las prohibiciones del art. 105 LC).

2.2. *Convenios de renegociación del pasivo mediante la capitalización de la deuda del concursado*

Dentro de los supuestos que hemos mencionado antes del artículo 100.2.1.º, que permite dentro de la propuesta de convenio que su contenido incluya las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos, en una denominación general, nos encontramos ante el de «*renegociación o refinanciación de deudas mediante capitalización*» en expresión de FLORES DOÑA, M.^a S. (en su magnífico estudio sobre *Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo*, inédito en los momentos en que por amabilidad de su autora, mayo de 2004, lo hemos manejado). Sea cualquiera la oferta que se haga en la propuesta de convenio por el deudor concursado dentro de las que recoge el artículo 100.2.1.º, estamos ante una *variación* de las relaciones obligacionales entre las partes del concurso: deudor y acreedores (en este momento hay que recordar que el art. 1.203 del Código Civil, señala que *la modificación de las obligaciones* puede hacerse bien variando su objeto o sus condiciones principales). Esto es lo que ocurre en la proposición alternativa del contenido de la propuesta que consista, por ejemplo, en la conversión del crédito en acciones, participaciones sociales o cuotas sociales o en créditos participativos, porque ello supone modificación en la inicial relación crediticia, por ejemplo, la que resulta entre un acreedor que luego pasa a ser socio de la sociedad emisora de las acciones, participaciones o, en su caso cuotas. Se extingue *la*

obligación concursal y nace otra nueva, por lo que se está ante una modificación obligacional extintiva y su encaje quizá sería el artículo 1.204 del Código Civil.

2.3. *Convenios de reestructuración empresarial-profesional*

En el artículo 102.2.2.º en realidad se contempla la posibilidad de incluir en la propuesta de convenio proposiciones de reestructuración empresarial-profesional, las cuales presentan mayores dificultades que las vistas en el anterior apartado. Esto porque las propuestas, normalmente, en los convenios de reestructuración empresarial-profesional son de gran *envergadura*, ya que se piensa en la solución de grandes crisis relacionadas con el deudor concursado empresario. A veces la reestructuración consiste en un plan que se integra sobre la base de la *segregación* o rama de actividad a otra empresa del sector o en ofertas de acuerdos comerciales con otras empresas. En estos convenios se pretende adaptar el tamaño de la empresa a la realidad del mercado con evidente reducción de costes tras un plan de viabilidad que debe acompañar a la propuesta. Todo ello, como advierte FLORES DOÑA, M.ª S., sin olvidar que esas modificaciones pueden entrañar, en el fondo, un cambio de control empresarial a favor de los acreedores en empresas del mismo sector e incluso de los propios trabajadores en pequeñas empresas al cambiar la misma en una sociedad anónima o de responsabilidad limitada laboral (STS de 18 de marzo de 2002, en este sentido). De modo implícito alude a estos convenios el artículo 102.2.2.º LC, cuando permite las proposiciones de convenio consistentes en la enajenación del conjunto empresarial o de determinadas unidades productivas. Se llama a esta clase de convenios de *continuación* por el intento de salvar a la empresa que *se considere total o parcialmente viable*, lo cual se debe deducir del informe de la Administración Concursal a tenor del artículo 75 LC. Todo ello, tratando de garantizar no sólo los intereses de los acreedores sino los de los trabajadores (art. 64 LC en este caso, y 100.2 que prescribe, como hemos visto, la exigencia de la audiencia de los representantes de los mismos).

2.4. *Prohibición de las propuestas de «cesión de bienes y derechos a los acreedores» y de las de «liquidación global» del patrimonio del concursado*

El artículo 100.3 LC es un ejemplo más de que no todo el contenido de las propuestas de convenio lo fijan las partes del concurso dentro del régimen de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil que parece

proclamar la Exposición de Motivos de la LC. El ejemplo de este artículo 100.3 es una buena muestra, aunque el legislador la pueda fundamentar en que *una excesiva libertad en la negociación del convenio* pueda concluir en manipulaciones y abusos. Por eso, el precepto dice que, *en ningún caso*, son posibles propuestas que consistan en una cesión de bienes o derechos a los acreedores *en pago o para pago de sus créditos* ni las relativas a *la liquidación global del patrimonio del concursado con el objeto de satisfacer sus deudas*. Tampoco, a tenor del artículo, cabe la *alteración* de la clasificación de los créditos que establece la LC ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, eso sí: *«sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada»*. Está también pensando el legislador, como lo advierte la propia Exposición de Motivos, en que, con estas medidas, se trata de evitar que el convenio se pueda convertir en *cobertura* de solución distinta a la que le es propia.

Antes de dedicar algunas consideraciones a estos límites impuestos por la LC a la libre voluntad de las partes en la negociación, queremos señalar que, acaso, hubiera sido una buena oportunidad la reforma de nuestro Derecho Concursal para regular jurídicamente la *«cesión de bienes y derechos»* (como lo hace, por ejemplo, el Derecho francés) como una solución *autónoma* del concurso pero en igualdad de condiciones que en los supuestos de continuación de la empresa o liquidación de la misma para garantizar así su conservación y el empleo. La transmisión de la empresa se puede hacer vía fase de convenio (art. 100), vía fase de liquidación (art. 149).

Respecto a la prohibición concreta de la cesión de bienes y derechos a los acreedores y a la de liquidación global del patrimonio del concursado como contenido de la propuesta de convenio, lo que llama la atención, como señala NOVAL PATO, J. (vid. «La cesión global del activo y del pasivo en las sociedades de capital», en *Cuadernos de Derecho Mercantil* que dirijo, Edersa, Tomo 31, nota 65, pág. 72, Madrid, 2003, y con anterioridad, en el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, J., en *Estudios sobre el ALC...*, cit., Dilex, pág. 90, Madrid, 2002), es que el artículo 100.2 LC, aunque contempla la posibilidad de que en la propuesta de convenio se puedan incluir proposiciones que consistan en la *enajenación* de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, luego, en este apartado 3.º que comentamos, el mismo artículo señale de modo rotundo las prohibiciones a esas fórmulas de propuestas de convenio enunciadas. El propio NOVAL PATO, J. se pregunta si cuando el artículo 100.2 habla de que es posible incluir en la propuesta de convenio una proposición que consista en una enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, no estamos en la misma línea de una

propuesta de convenio que consista en *la liquidación global del patrimonio del concursado*.

Por otro lado, parece que la prohibición del artículo 100.3 de que la propuesta consista en *una dación en pago* con la cesión de los bienes y derechos del concursado a los acreedores, no sería justa cuando sea equitativa la proposición (en este sentido, SALA REISACHS, A., *Nueva Ley Concursal*, cit., pág. 481) teniendo en cuenta, además, el artículo 1.175 del Código Civil que permite que el deudor ceda todos sus bienes en pago de sus derechos.

Hay que recordar en este momento que en la discusión parlamentaria se criticó la prohibición de los llamados *convenios liquidativos* (ya el propio Consejo Económico Social en su informe de 7 de noviembre de 2001, al entonces ALC de septiembre de ese año, consideraba que, cuando la cesión de los bienes y derechos del deudor esté destinada a asegurar la viabilidad de la empresa, debería hacerse una salvedad en su prohibición).

De todos modos, hay que decir que no faltan opiniones que aplauden el precepto 100.3 LC, considerando que en los procedimientos concursales a través de los *convenios liquidativos* normalmente se ha dado el control de la liquidación a unos pocos acreedores.

2.5. *Los planes de pagos, y, en su caso, los de viabilidad en el contexto de la propuesta de convenio*

Por último, dentro del contenido de la propuesta de convenio, los apartados 4.º y 5.º del artículo 100, se refieren a la necesidad de que las propuestas vayan acompañadas de un plan de pagos que detalle los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado. Por su parte, el apartado 4.º alude al tema de que para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la *continuidad*, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial, ya que entonces la propuesta debe acompañarse de un plan de *viabilidad*, especificando los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Veamos separadamente ambos planes:

1.º Plan de pagos (art. 100.4.º LC)

En realidad la exigencia del contenido de dicho Plan es lógica porque el documento en que se contiene la propuesta de convenio debe concretar cómo se va a pagar por el concursado sus deudas a los acreedores. La LC ha suprimido la exigencia del ALC de septiembre de 2001 de que *el plan de*

pagos tuviera que señalar el *origen de los recursos* con los que cuenta el deudor concursado. El plan de pagos tiene la finalidad de conocer con qué recursos cuenta el deudor del concurso para satisfacer los créditos a sus acreedores. Recursos que pueden ser *propios del deudor concursado o de terceros*, a tenor del propio apartado 5.º del artículo 100, en su apartado 1.º A mi juicio, sería conveniente añadir: y el precio que se espera de la venta tras una detallada especificación de los bienes del activo.

2.º Plan de viabilidad (art. 100.5.º LC)

Si para atender el cumplimiento del convenio se prevé contar con los recursos que genere la continuación, bien total o parcial de la actividad profesional o empresarial, la propuesta, necesariamente, tiene que ir acompañada de *un plan de viabilidad* que especifique los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención, y, en su caso, el compromiso de su prestación por terceros (en la propuesta, por tanto, se debe dar una información amplia del plan de viabilidad y de la situación financiera del concursado). En una palabra, la propuesta en las materias *del plan de pagos y del de viabilidad* debe comprender las relativas a la situación financiera de la empresa y la que concrete el plan de viabilidad. Respecto *al plan de pagos*, la información debe referirse al activo, pasivo, y al efectivo existente, señalando la cantidad concreta que percibirán los acreedores en caso de llegar a feliz término el convenio (lógicamente debe ser una cantidad *superior* a la relativa en el caso de que el concursado opte por la liquidación del concurso). El *plan de viabilidad* debe contener cuáles son las medidas concretas que se van a adoptar en orden a materias tan importantes como son: *los contratos no cumplidos, la liquidación de los créditos, el pago de un dividendo mínimo a los acreedores, el posible derecho a que los acreedores cuyos créditos se hayan impugnado participen en la votación*, etc. Amplitud de la información, como se ve, que tiene su fundamento en que los acreedores tengan confianza en el procedimiento concursal, si bien, como advierte FLORES DOÑA, M.^a S., «*aún cuando esa información sea confidencial en relación con el deudor*».

El plan de *viabilidad* al que se refiere el artículo 100.5 LC, es una medida novedosa, pero menos, en los procedimientos concursales tradicionales y, en concreto, en la suspensión de pagos donde ha venido siendo frecuente para superar crisis temporales del suspenso en una difícil situación financiera transitoria de la empresa.

El plan lo debe firmar el proponente y, en su caso, las personas que asuman *compromisos* de pagos (la finalidad del plan de viabilidad es *conservar* la empresa frente a la liquidación de la misma). Es expresiva la manifestación de PULGAR EZQUERRA, J. (vid. *Las soluciones*, cit., pág. 451) de que:

con el plan de viabilidad se busca conservar reorganizando, para lo cual el deudor, tratando de superar la crisis, puede continuar en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Lo que equivale a decir, que *el plan de viabilidad* le da al convenio un contenido *reorganizativo* sin tener en cuenta *la dimensión del deudor concursado*, porque lo importante es que ésta continúe en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional para superar la crisis. De todos modos, no hay que olvidar, que, en ocasiones, el convenio puede cumplir una función *sanatoria* precisamente a través del plan de viabilidad restableciendo el equilibrio financiero patrimonial de la empresa en concurso.

Finalmente, el artículo 100.5.º señala que: «*los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el Convenio*». Una remisión buena la de los términos fijados en el Convenio pero no exenta de dificultades. Frente al criterio del PLC de 2002 que *subordinaba* el pago de estos créditos a los privilegiados y a los ordinarios, la LC deja a las partes libertad para fijar la satisfacción de los mismos. En un orden general hay que decir que nos encontramos ante gastos que se pueden generar por el ejercicio profesional o empresarial del concursado y, por tanto, dentro de los llamados *créditos contra la masa* del artículo 84.2.5.º LC. Esa incongruencia del PLC la salva la LC en este artículo 100.5 (vid. ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva», cit., págs. 365 y 366, en *Derecho Concursal*, cit.), ya que podía conducir ante la postergación del pago del crédito a que por muy altruista que se fuera, nadie concedería un crédito al empresario concursado, sabiendo que prácticamente no lo iba a poder cobrar. La postergación de los acreedores que señalaba en su artículo 99.4 el PLC, era totalmente ilógica, teniendo en cuenta la finalidad del crédito, cual es *la financiación del plan de viabilidad* (sobre el tema, vid. BELTRÁN, E., «El problema del coste del concurso de acreedores», en *La reforma de la legislación concursal*, AA.VV., dirs. por ROJO, A., PONS, págs. 331 y sigs., Madrid, 2003).

La verdad es que no se opta expresamente en considerar a estos créditos como *contra la masa* sino que se deja por el artículo 100.5 LC al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes en la negociación del convenio, de su propuesta. Quizá esto podría dar lugar a pensar en si no cabría un pacto expreso en el que se calificaran esos créditos como *contra la masa* (observa PULGAR EZQUERRA, J., *Las soluciones al concurso*, cit., pág. 453, que ese pacto no sería admisible vía art. 100.3, antes citado, que no permite la alteración de la calificación de los créditos establecida en la LC). Yo discrepo de un argumento rotundo en contra de ese pacto, precisamente porque como antes he advertido, nos encontramos en el supuesto del artículo 100.5 ante gastos generados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del concursado.

IV. LAS PROPUESTAS CONDICIONADAS

El artículo 101.1 LC, que se refiere a *las propuestas condicionadas de convenio*, es un ejemplo más de la restricción de la voluntad negociadora de las partes porque prohíbe que la propuesta pueda someter la eficacia del convenio a cualquier clase de condición, teniéndose por no presentada en caso contrario (esto concuerda con el art. 115 del Código de Comercio cuando establece que: «*la obligación condicional será nula cuando su cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad del deudor*»). Estaríamos ante una propuesta de convenio *innegociable* porque no existiría autonomía negociadora de las partes. La Ley concursal no hace ninguna discriminación a qué condiciones se refiere, aunque señala «*...a cualquier clase de condición*» (vid. ILLESCAS RUZ, AA.VV., *Derecho...*, cit., pág. 509). Ante la expresión citada, no cabe duda que será cualquier tipo de condición en la propuesta la que provoca que la misma no tenga eficacia jurídica alguna (en este sentido, SALA REISACHS, A., *Nueva Ley Concursal*, AA.VV., dirs. por MERCADAL, A.; ALONSO CUVILLAS, J., y él mismo, pág. 490, Madrid, 2003).

Pese a lo rotundo de esa expresión del artículo 101.1, el párrafo 2.º, por excepción, permite *condicionar* la propuesta a que se presente por uno de los concursados a la aprobación judicial el convenio de uno u otros en caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se haya *acumulado* (sobre el tema de *la acumulación de concursos*, vid. SANJUAN Y MUÑOZ, E., en *El Derecho. Diario de Jurisprudencia*, de 24 de diciembre de 2003, págs. 1 y sigs., núm. 1.915). Hay que recordar que el artículo 3 LC permite que los acreedores puedan instar *conjuntamente* la declaración de concurso de varios de sus deudores cuando existan confusión de patrimonios o se trate de personas pertenecientes al mismo grupo (para la acumulación en el caso de personas jurídicas, vid. art. 25 LC).

V. LAS ADHESIONES DE LOS ACREEDORES A LA PROPUESTA DE CONVENIO

El artículo 103 LC se refiere al importante tema de las *adhesiones* de los acreedores a la propuesta de convenio en la fase del mismo. Pero no es la única referencia a las mismas de la LC, porque el artículo 108 se refiere a: «*las adhesiones de la propuesta anticipada de convenio*» y, en la Sección 4.ª del Título V de la LC: «*De la apertura de la fase de convenio y apertura de la sección quinta*» (relativa ésta a la Junta de Acreedores, arts. 116 y sigs. LC), el artículo 115.3, refiriéndose a la tramitación de la propuesta de convenio, señala que desde que el correspondiente escrito de evaluación *queda de manifiesto* en la Secretaría del Juzgado, hasta el momento de cierre de

la lista de asistentes a la Junta, se pueden admitir adhesiones a la propuesta de convenio. El *escrito de evaluación* al que se refiere el precepto es el que realiza la Administración Concursal sobre el contenido de la propuesta, sobre todo, en relación con los planes de pago, y en su caso, el de viabilidad de los que antes nos hemos ocupado. Es, en concreto, una evaluación preceptiva de la propuesta de convenio sobre si cumple las formalidades y requisitos (art. 99 LC), el estudio de las limitaciones para presentar la propuesta (arts. 100, 101 y 102, también examinados en las páginas precedentes) y, si se trata de *propuesta anticipada de convenio*, si el concursado está incurso en alguna de las prohibiciones para la presentación de la misma (art. 105 LC).

La evaluación de la administración concursal al *plan de pagos y, en su caso, del de viabilidad*, es fundamental (sobre los informes en general de la Administración concursal, se ocupó ampliamente GÓMEZ MARTÍN, F., en las *Jornadas de Derecho Concursal del Colegio de Registradores*, el 17 de diciembre de 2003 en Bilbao). Estos dos planes son importantes porque el de pagos se deduce de la contabilidad y ello, para luego realizar un análisis de la situación patrimonial-financiera y de los resultados de la empresa si el concursado es empresario. También en el plan de viabilidad al que se refiere el artículo 100.5 para su examen, se requieren conocimientos especializados como advierte el propio GÓMEZ MARTÍN, F., citando bibliografía específica al respecto sobre los estudios de las empresas a través de su información económico-financiera y los modelos empleados, sobre todo, para la *predicción* de insolvencia.

Entrando en el estudio concreto del artículo 103 LC, en su apartado 1.º éste concede a los acreedores la facultad de adherirse: «*a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley*». Para la calificación jurídica de las *adhesiones*, no hay parámetros legales que la configuren, eso sí, se puede sin duda afirmar que es un acto voluntario de uno o varios acreedores a la propuesta de convenio —a cualquiera que se haya formulado— debiéndose entender, a nuestro juicio, que también a las que tengan el carácter de *anticipadas de convenio*. Es la adhesión un acto que revela la prestación del consentimiento del acreedor o acreedores a la propuesta de convenio (en este sentido, vid. ILLESCAS RUZ, A. V., *Comentarios*, cit., pág. 525).

Por otro lado, el apartado 2.º de este artículo 103 LC, dice que: «*la adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno*». La consecuencia a la contravención del precepto es la de que al acreedor se le tiene por *adherido* (art. 103.2 LC), ya que la voluntad del mismo en la adhesión a la propuesta de convenio no se puede, en base a la LC, someter a ninguna modificación ni condicionamiento. Lo que sí parece claro es que la declaración en la que se formaliza la adhesión, no debe ser equívoca, sino al contrario, reveladora del ánimo del acreedor o acreedores de *consentir* la propuesta de convenio, es decir, la expresión de su aceptación (por tanto, el art. 103.2 LC se refiere a la imposibilidad de sustituir la propuesta con la

introducción de modificaciones porque como se ha advertido: «*sobrepararía el ámbito de la misma y de una mera oferta se pasaría a una contraoferta*». Vid. ILLESCAS RUZ, A. V., *Comentarios...*, cit., pág. 528. Aunque como precisa VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 16.^a ed., pág. 1110, Valencia, 2003, esto supone una restricción de la autonomía de la voluntad porque no se pueden *renegociar* las propuestas, pero apostilla: «*en cualquier caso, con ello se evitan presiones o chantajes de última hora*»).

La adhesión (art. 103.3), además de expresar la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, ha de efectuarse mediante *comparecencia* ante el Secretario del Juzgado en que se tramite el concurso, o bien mediante instrumento público, lo cual expresa que no es necesaria ninguna resolución judicial. El artículo 103.3 no dice la forma en que ha de hacerse la *adhesión*, habla sólo de *comparecencia* ante el Secretario del Juzgado que tramite el concurso, por lo que bastará, a nuestro juicio, una simple manifestación oral ante el mismo. Este procedimiento admite, a tenor del propio artículo 103.3, la alternativa del de a través de *instrumento público*, es decir, autorizado por Notario según el artículo 144 del Reglamento Notarial. Ahora bien, como se sabe, este artículo encuadra *dentro del instrumento público*, no sólo al referido a escrituras públicas, sino a actas notariales y demás documentos que autorice el Notario. De ahí que en la discusión parlamentaria se modificara el texto del PLC (art. 102.3 del mismo) que hablaba solamente de *escritura pública* por el de «*mediante instrumento público*». Esto se justifica por el respeto a la tradición de nuestro Derecho Concursal de que las adhesiones al convenio se materializan en actas notariales (vid. *Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*. Editorial: Difusión Jurídica y Temas Jurídicos, AA.VV., vol. I, pág. 555, sin especificar el autor sino el bufete: Marroquín, Barcelona, 2003). También hay que tener en cuenta, en este orden de cosas, que según el artículo 1.225 del Código Civil, los documentos privados reconocidos legalmente tienen el mismo valor que la escritura pública, por lo que también podrán equipararse al instrumento público a efectos de la presentación de las adhesiones de los acreedores a la propuesta de convenio.

Otra cuestión es la de las mayorías necesarias, pero no para las adhesiones, sino para que se considere aceptada una propuesta de convenio (art. 124 LC), y la cuantía de los créditos que representen las adhesiones de los acreedores tanto para las de fase de convenio como para las anticipadas de convenio (a ese artículo nos remitimos porque su estudio excede de la finalidad de éste).

DICTÁMENES Y NOTAS

La protección del fiador en el Derecho alemán

(A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19-10-1993) (1)

1. La institución fideiusoria aparece regulada en el título decimoctavo del libro segundo del Código civil alemán (§§ 765-778 *Bürgerliches Gesetzbuch* = BGB). Como dispone el primero de estos parágrafos, por el contrato de fianza se obliga el fiador frente al acreedor de un tercero a responder del cumplimiento de la obligación asumida por éste (2). La responsabilidad fideiusoria puede surgir, sin embargo, por título distinto al contrato de fianza, y, así, el ordenante de una concesión de crédito responde como fiador frente al mandatario (§ 778 BGB) (3).

(1) Este estudio se ha realizado en el Institut für Römisches Recht und Zivilrecht der Universität zu Köln durante una estancia de investigación el año 1998 financiada por la Consejería de Educación y Deportes del Gobierno de Canarias (*BOC* 98 [1997] pág. 8871). Agradezco al Profesor ANDREAS WACKE su ayuda al facilitarme buena parte del material que ha hecho posible esta investigación.

(2) Cf. El § 765.1 BGB: «Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen». Su equivalente español, el artículo 1.822 del Código Civil, evita, a mi parecer, con gran acierto, cualquier referencia a la fuente que origina la responsabilidad fideiusoria; sin embargo, no destaca con la claridad del homónimo alemán su naturaleza de auténtica y genuina obligación.

(3) La responsabilidad del mandante de crédito no es el único caso de responsabilidad como fiador, fuera del negocio de fianza. Así, conforme al § 566 BGB, el arrendador que enajena la finca a un tercero responde como fiador sin beneficio de excusión de las obligaciones que este tercero asume frente al arrendatario al subrogarse en su posición de arrendador (sólo si el antiguo arrendador notifica al arrendatario la transmisión de la propiedad y, en consecuencia, el cambio de arrendador, queda libre de responsabilidad desde el momento en que el arrendatario tiene oportunidad de resolver y no lo hace). Otro caso tiene lugar cuando el crédito pignoraticio se transmite convencionalmente: el nuevo acreedor prendario se subroga en la posición del anterior, también en lo relativo a las

El principio que preside su regulación es, al igual que en el Derecho común, el de su accesoriedad y dependencia respecto de la obligación garantizada: sigue a ésta como la sombra al cuerpo. Su carácter accesorio se constituye tanto a favor del fiador como del acreedor. A favor del acreedor cabe citar el § 767.1.2 BGB (la agravación legal del crédito repercute en la fianza) y el § 767.2 BGB (el fiador responde de los gastos de persecución judicial del deudor).

En la protección del fiador, la accesoriedad juega un papel determinante, pues no hay fiador sin crédito y su reducción le favorece (§ 767.1.1 BGB). Asimismo, debido a la estrecha dependencia de su obligación con la principal asegurada, el fiador dispone de todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste renuncie a ellas (§ 768 BGB); y le competen otras importantes excepciones, como las de anulabilidad, compensabilidad y previa excusión, que le permiten negar el pago en tanto el deudor pueda anular o compensar su obligación, o disponga de bienes con los que hacer frente a su deuda (§§ 770 y 771 BGB). Finalmente, también por razón de accesoriedad, su obligación se extingue con la extinción de la deuda principal (§ 767.1.1 BGB) y, en general, por cumplimiento del fin de dar seguridad al acreedor (§ 776 BGB).

Sin embargo, este principio no es absoluto, pues la accesoriedad de la fianza se encuentra siempre en función de su objetivo de dar seguridad, de garantizar, y, en todo caso, ha de atenerse al principio de relatividad negocial. Por esto no favorece al fiador el beneficio de inventario (§ 768.1.2 BGB), ni la quita o espera de un convenio concursal (§ 82.2 de la Ley alemana de suspensión de pagos = *Vergleichsordnung* = *VerglO*); pero tampoco le perjudica la ampliación del crédito en virtud de un negocio jurídico (§ 767.1.3 BGB). Por lo demás, la nota de accesoriedad puede derogarse convencionalmente, eso sí, siempre dentro de unos límites (no hay fiador sin crédito).

En todo caso, el contrato de fianza es un negocio jurídico de riesgo (*riskantes Geschäft*), especialmente cuando el fiador no tiene un interés directo en la fianza. Es conocida la máxima popular «*Wer bürgt, der wird gewürgt*» («quien fía se pone una soga al cuello»). Con objeto de proteger al fiador, el Código Civil alemán exige su declaración por escrito; la jurisprudencia viene aplicando un rigor especial en materia de inmoralidad; la fianza se somete con frecuencia a normas especiales de protección (4).

obligaciones que van unidas al derecho de prenda con respecto al pignorante; el anterior acreedor responde de su cumplimiento como un fiador que haya renunciado a la excepción de previa excusión sobre los bienes del deudor (§ 1251 BGB).

(4) Antes de la reciente reforma del BGB —conforme a la Ley para la modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001—, estas disposiciones se encontraban recogidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 9-12-1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*

A partir de la polémica sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht* = BverfG), de 19-10-1993, la literatura jurídica alemana se ha dedicado al difícil y complejo reto de coordinar la regulación de la fianza con el principio general del Derecho que rechaza la inmoralidad en las relaciones jurídicas. La consideración de este asunto es el objeto central de este trabajo. Ahora bien, para una cabal comprensión de los esfuerzos realizados por la doctrina alemana y para hacerse una idea sobre la situación del fiador, es preciso hacer una somera referencia a otras dos vías de protección del Derecho alemán: la exigencia legal de forma escrita de la declaración fideiusoria y la aplicación al fiador de normas especiales de protección.

2. Como medida de protección ante posibles precipitaciones, el § 766 BGB dispone que la declaración del fiador conste en forma escrita. El fiador debe ser prevenido ante los peligros de la fianza, no siempre fáciles de ver, pues no sufre, en el momento presente, ningún sacrificio patrimonial y se abandona a una expectativa a menudo engañosa de no ser finalmente reclamado de pago. Cumple, en definitiva, una función preventiva, a fin de que el fiador tome debida conciencia de la obligación que asume (*Warnfunktion*).

La declaración del acreedor, así como la declaración del fiador empresario —que no sea pequeño comerciante (§§ 350, 351 del Código de Comercio alemán = *Handelsgesetzbuch* = HGB)— no requiere, por el contrario, tal forma escrita, pues en estos supuestos no se da necesidad alguna de protección. El defecto de forma es subsanable; el pago por el fiador subsana éste, incluso cuando lo haya hecho por considerar equivocadamente la fianza como eficaz (5).

vom 9-12-1976 = AGBGG), en la Ley sobre Revocación en Negocios a domicilio y análogos de 16-1-1986 (*Gesetz über Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16-1-1986* = HWiG), y en la Ley de Protección al Consumidor de 17-12-1990 (*Verbraucher Kreditgesetz vom 17-12-1990* = VerbrKrG). En la actualidad, la parte sustantiva de estas leyes ha sido integrada en el propio BGB: a) las normas sobre condiciones generales de la contratación se contienen sustancialmente en los §§ 305 a 310 BGB; b) la regulación de negocios a domicilio se recoge fundamentalmente en los §§ 312-312f BGB, junto con los negocios celebrados de plaza a plaza; y, c) la normativa en protección al consumidor se encuentra especialmente en los §§ 474-477, 491-505, 655a-655e BGB.

(5) Según el § 766 BGB, «Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt». Siguiendo la orientación doctrinal y jurisprudencial dominante, la reciente reforma del BGB, conforme a la Ley de adaptación al moderno tráfico jurídico de disposiciones de forma de 13 de julio de 2001, en vigor a partir del 1 de enero de 2002, introduce el segundo inciso por el que se excluye la posibilidad de afianzar por medios electrónicos. En efecto, la jurisprudencia venía exigiendo la firma manuscrita de la declaración de fianza por lo que no había afianzar mediante telegrama o por fax. Cf. D. REINICKE-K. TIEDTKE, *Kreditsicherung durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Re-*

Con independencia de la exigencia de forma escrita, la declaración debe contener los datos esenciales de la obligación fideiusoria: designación de las personas del acreedor, del deudor principal y del fiador; indicación del crédito asegurado, y declaración de que lo afianza. La falta de alguno de los extremos expuestos hace nula la obligación de fianza, aunque se haya convenido posteriormente mediante acuerdo oral. En definitiva, aquí no estamos más que ante una aplicación concreta del *principio de determinabilidad* al supuesto fideiusorio.

Otra cosa es que el documento, sin estar perfectamente determinado, sea en todo caso determinable. Nada impide la entrega de un documento de fianza en blanco con autorización para completarlo conforme a lo convenido (no se ha fijado la persona del acreedor o la cantidad asegurada). En contraposición a la fianza indeterminada y nula por defecto de forma, el fiador es consciente de las lagunas y otorga la facultad de completarlo al tenedor del título.

El garante otorga al deudor un documento de fianza en el que declara afianzar al empresario que conceda un determinado crédito a cierto deudor. El fiador no podrá objetar al acreedor, dador del crédito, la nulidad de la fianza por defecto de forma al no haberse mencionado en el documento de fianza la persona del acreedor. Cierto que el acreedor no aparece expresamente designado; pero, es igualmente cierto que su determinación tiene lugar con la concesión del crédito. La declaración del fiador no es indeterminada; es simplemente determinable: la determinación de la persona del acreedor depende de la efectiva concesión del crédito. Aquí el fiador resulta debidamente advertido.

La admisión de la fianza en blanco se apoya, además, en que la carga de la prueba corresponde al acreedor y en el argumento *a fortiori* del artículo 10 de la Ley Cambiaria alemana (*Wechselgesetz vom 21-6-1933 = WG*), que admite la letra en blanco. El contrato de fianza se considera concluido en el momento en que el acreedor recibe completado el documento y acepta la declaración. En tanto, el fiador dispone de un derecho de revocación (cf. § 172.2 BGB) (6).

El fiador queda obligado frente al acreedor aunque el deudor, a la hora de completar el documento de fianza, se aparte de lo fijado en el convenio o se equivoque en el modo de hacerlo. En estos casos, el fiador debe dejar hacer valer contra sí la declaración jurídica, sin perjuicio de poder exigir responsabilidad al deudor que rebase su facultad para completar.

chten, Hypothek und Grundschuld (Berlín, 1994), pág. 39; K. LARENZ-C. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht. Zweiter Band. Besonderer Teil. Zweiter Halbband* (München, 1994), pág. 5.

(6) La declaración de concesión del poder no necesita la forma escrita que exige el contrato de fianza (cf. § 167.2 BGB). Ahora bien, frente a posibles abusos juega un papel importante el *principio de fidelidad y de buena fe* en atención a los usos del tráfico, recogido en el § 242 BGB.

Esta solución se justifica en el principio de responsabilidad por la apariencia jurídica. El acreedor no conoce la relación interna entre el deudor y el garante; concede el crédito sólo en atención a la garantía y confía en el documento que le ha sido entregado. El fiador en blanco no merece, por el contrario, la misma protección que el acreedor, pues es consciente del riesgo de que el deudor rellene el documento contra sus indicaciones.

3. El contrato de fianza puede ser inmoral por las mismas razones que cualquier otro contrato. De especial significación son aquellos casos en los que el fiador no dispone de patrimonio y cuenta con exiguos ingresos (*mittellose Bürge*).

Se trata habitualmente de fianzas de elevada cantidad asumidas por hijos o cónyuges del deudor principal, pese a no disponer de patrimonio y contar con ninguno o muy modestos ingresos; de modo que, si entrase el supuesto de fianza, sería harto probable que no se encontrasen en situación de poder pagar el préstamo e intereses y, presumiblemente, deberán hacer frente a la deuda con sus ingresos embargables durante el resto de su vida.

La jurisprudencia venía admitiendo este tipo de contratos por causa del principio de autonomía de la voluntad (*Vertrag ist Vertrag*) y en el principio que admite un endeudamiento sin límites. En la última década del pasado siglo ha tenido lugar un cambio de orientación jurisprudencial. Todo empezó con la fundamental sentencia del Tribunal Constitucional de 19-10-1993, que declaró violado el artículo 2.1 de la Constitución alemana (*Grundgesetz* = GG), el cual consagra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (7).

Este es el caso. Una entidad crediticia había concedido a un agente inmobiliario un crédito de 50.000 DM (marcos alemanes); para posibilitar la concesión de nuevo crédito, la hija del agente afianzó en 1982 las deudas del padre con la entidad crediticia en cuantía de 100.000 DM más prestaciones accesorias (intereses). La hija del agente inmobiliario, de veintiún años y madre de dos hijos, no disponía de patrimonio, carecía de formación cualificada y en aquel momento trabajaba en una pescadería con un salario neto mensual de 1.150 DM. Un empleado de la entidad le hizo saber que no incurría en una gran obligación y que, realmente, sólo era necesario para las actas.

(7) Cf. BverfG Urteil vom 19-10-1993 (*BverfGE* [= *Bundesverfassungsgericht Entscheidungen*] n.89, 1994, págs. 214-236 = *NJW* [= *Neue Juristische Wochenschrift*] 1994, págs. 2749-2750). Según el artículo 2.1 GG, «Jeder hat das recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt». Sobre la doctrina en esta materia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht* = BverfG), cf. S. CEKOVIC-VULETIC, *Schutz des Bürgen. Untersuchung des Vertragsschlusses und der Folgen des Vertrags im geltenden Recht* (München, 1995), págs. 39-46; y N. HAUN, *Die Unwirksamkeit der Bürgschaftsübernahme wegen Sittenwidrigkeit* (Köln, 1995), págs.15-18.

En octubre de 1984, el padre dejó el negocio inmobiliario y se dedicó con escasa fortuna a la industria naviera. La entidad crediticia financió la compra de un barco por 1,3 millones de marcos. En diciembre de 1986, la entidad bancaria rescindió el crédito abierto (que ascendía, aproximadamente, a la cantidad de 2,4 millones de marcos). La fiadora fue demandada al pago de los 100.000 DM e intereses. El Juzgado de Primera Instancia (*Landgericht* = LG) estimó la demanda. La Audiencia Provincial (*Oberlandesgericht* = OLG) y el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* = BGH) desestimaron el recurso planteado por la fiadora. El BverfG declaró inconstitucionales las sentencias anteriores.

Según los considerandos del Tribunal Constitucional alemán, el principio de autonomía de la voluntad presupone una igualdad estructural de las partes contratantes (8). En el derecho de contratos no puede valer la «ley del más fuerte». Establecer la justicia de un contrato no es asunto privativo de las partes —concepción propia de una cultura individualista—, sino también obligación de un tercero: los tribunales.

Los contratos no pueden utilizarse como medio para introducir disposiciones heterónomas o impuestas por persona ajena («*Verbot der Fremdbestimmung*»), lo que sucede cuando una de las partes tiene una posición en el contrato de tal punto dominante que *de facto* lo determina unilateralmente; para la otra parte contratante, en realidad, no se trata más que de disposiciones ajenas a él impuestas. En sede de contratos y obligaciones, los tribunales deben, pues, observar y prestar especial atención al derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 2.1 GG).

De todas formas, cualquier desequilibrio económico o intelectual no conduce a la violación del artículo 2.1 GG; debe tratarse de un desequilibrio estructural («*strukturelle Unterlegenheit*») que grave de forma inusual a la otra parte («*ungewöhnlich belastend*») (9).

(8) K. ADOMEIT, «Die gestörte Vertragsparität. Ein Trugbild», *NJW* (1994), págs. 2467-2469, critica duramente la llamada «Theorie der gestörten Vertragsparität». Según este autor, la nueva jurisprudencia constitucional provocará inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas y traerá graves consecuencias económicas para el país, que han de tenerse en cuenta. Profetiza la salida de dinero del país. En su opinión, la doctrina asentada por el tribunal tiene una clara vertiente político-económica que no puede ni debe resultar obviada y cuestiona que, efectivamente, se constituya en favor de los débiles: «Der Schutz des Schwächeren ist der Ruin des Schwächsten» («la protección de los débiles es la ruina de los más débiles»). En su opinión, el control en el contenido de los contratos debe dejarse, como hasta ahora, a normas sectoriales (derecho del trabajo; derecho del consumidor, etc.). Rechaza, por tanto, una cláusula general de control. En contra, también se ha manifestado H. GRAF LAMBSDORF-B. SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts* (München, 1994), págs. 90-98.

(9) Según C. HERRMAN, *Der Schutz des Bürgen. Grenzen eines Risikogeschäfts* (Frankfurt am Main, 1996), pág. 15, el temor de que la nueva jurisprudencia constitucional imposibilite la concesión de créditos a personas con ingresos débiles es un argumento

Si el contenido de un contrato es notoriamente inadecuado o desproporcionado, los tribunales no pueden afirmar sin más que los contratos deben ser cumplidos, sino que deben aclarar si la normativa es consecuencia de la desigualdad estructural de la capacidad negociadora y, por tanto, una de las partes ha soportado una carga desacomodadamente dura y, dado el caso, se deberá intervenir corrigiendo los desequilibrios en el marco de la normativa general del Derecho Civil.

Esta pauta marcada por el BverfG precisa concreción y adaptación a la normativa del Derecho Civil, tarea que corresponde a la jurisprudencia del BGH y a la literatura jurídica (10). De esta forma, se ha elaborado una doctrina acorde con los postulados del Derecho Privado: el fiador sin recursos puede recibir protección, tanto por vía del § 138 del BGB como por vía del § 242 BGB.

El § 138 BGB declara la nulidad de los contratos que atentan contra las buenas costumbres, especialmente cuando una de las partes, aprovechando la situación de necesidad o inexperiencia de la otra, procura una prestación en manifiesta desproporción con su propia contraprestación (11). El § 242 BGB recoge el principio general de buena fe, y debe completarse con lo dispuesto en el § 313 BGB, que regula la alteración del negocio por circunstancias sobrevenidas (12).

político que no puede entrar en la interpretación del § 138.1 BGB; y, por otra parte, parece un temor exagerado. H. WIEDEMANN, «Anmerkung. BverfG. Beschluß vom 19-10-1993», *JZ* [= *Juristenzeitung*] (1994), págs. 408-413, recibe calurosamente la nueva jurisprudencia y afirma la necesidad de crear un derecho comprometido con la ética.

(10) Cf. G. FISCHER, «Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt. Teil II», *WM* [= *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen*] (1998), págs. 1750-1761; J. GERNHUBER, «Ruinöse Bürgschaften als Folge familiäre Verbundenheit», *JZ* (1995), págs. 1086-1096; H. HEINRICH, «Willenserklärung», in *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch* (München, 1999), págs. 122-123; N. HORN, «Übermäßige Bürgschaften mittelloser Bürgen: wirksam, unwirksam oder mit eingeschränktem Umfang?», *WM* (1997), págs. 1081-1089; G. PAPE, «Die Entwicklung des Bürgschaftsrechts im Jahre 1996», *NJW* (1997), págs. 980-984; D. REINICKE-K. TIEDTKE, *Bürgschaftsrecht* (Berlin, 1995), págs. 60-72.

(11) Según el § 138 BGB, «Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen». En el Código Civil español se puede apreciar una condena similar de los negocios contrarios a la moral y a las buenas costumbres (art. 1.255 del Código Civil). Sin embargo, se echa de menos un rechazo expreso y general cuando son realizados aprovechando una situación de manifiesta desigualdad entre las partes.

(12) Según este parágrafo, «der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern». Como hace ver M. VOLLKOMMER, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Herausgegeben von Professor Dr. Dr. h.c. Othmar Jauernig* (München, 1997), pág.153, la redacción de este precepto es muy defectuosa, pues, tanto por su tenor literal como por su posición en el BGB, se refiere exclusivamente

La fianza prestada por un fiador sin medios económicos es en principio eficaz —principio de autonomía privada y el principio que permite un endeudamiento sin límites—. Tan sólo será nula por infracción del § 138.1 BGB cuando concurren determinados presupuestos: *a)* onerosidad excesiva e injustificada de la fianza (*ungewöhnlich starke Belastung des Bürgen*); *b)* limitación de la libertad de decisión del fiador (*Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Bürgen*); y *c)* conocimiento por el acreedor de los presupuestos anteriores o desconocimiento motivado por negligencia (*Subjektive Merkmale des Gläubigers*).

No se trata de presupuestos alternativos, sino cumulativos. Así, una fianza excesiva, que sobrepase en mucho la capacidad de prestación del fiador, es en principio plenamente eficaz. Únicamente perderá validez cuando concurren los demás presupuestos (13).

La excesiva onerosidad se determina normalmente mediante la desproporción entre la prestación y la contraprestación; pero, como la fianza es una obligación unilateral, es preciso acudir también a otros criterios. El esfuerzo doctrinal y jurisprudencial ha llegado a concluir que la excesiva onerosidad de la fianza tiene lugar cuando el fiador carece de interés propio en el negocio afianzado y se da una desproporción entre el contenido de la obligación (*Verpflichtungsumfang*) y la capacidad de prestación del fiador (*Leistungsfähigkeit*).

Así pues, una fianza de este tipo no es inmoral por violación del § 138.1 BGB cuando el fiador tiene un interés en el negocio afianzado (14). Como criterio de desproporción, la jurisprudencia del BGH ha llegado a proponer que ésta tendrá lugar cuando el fiador no pueda satisfacer una cuarta parte de la deuda en el plazo de cinco años con sus ingresos inembargables (15). En

a la prestación del deudor. Con mejor formulación, el artículo segundo del Código Civil suizo (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch* = SchwZGB) dice que «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. - Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz». De modo similar, el artículo 7.1 del Código Civil español dispone que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

(13) Cf. BGH. Urteil vom 5-12-1996 (*NJW* 1997, págs. 940-941): a petición de su padre, un hijo, estudiante de veinticinco años de edad, garantiza solidariamente la relación negocial de éste con la entidad crediticia en cuantía máxima de 1,4 millones de marcos; el padre entra en concurso y el Banco reclama el pago al hijo. El tribunal declaró la nulidad de la fianza conforme al § 138 BGB e hizo referencia expresa al § 1618 a BGB, relativo a la recíproca obligación de asistencia y respeto mutuo entre padres e hijos.

(14) Un indicio del propio interés del fiador tendrá lugar cuando el fiador sea cónyuge del deudor y el negocio afianzado deba servir a la construcción o seguridad de la existencia familiar; o bien, cuando el fiador sea administrador o, incluso, socio de la empresa deudora. Cf. N. HORN, *o.c.*, nota 10, pág. 1083.

(15) Aunque la jurisprudencia se refería en el caso concreto al § 242 BGB, nada obsta su aplicación en el marco del § 138.1 BGB. La excesiva onerosidad de una obliga-

cualquier caso, la desproporción llega a un extremo tal que, económicamente, la fianza carece en realidad de sentido.

La limitación en la libertad de decisión del fiador resulta de la situación de desequilibrio estructural —y no meramente económico— entre las partes negociadoras. Circunstancias que traen como consecuencia una limitación semejante son: la inexperiencia negocial, la presión psicológica, y el aprovechamiento en propio beneficio, por parte del acreedor, de la inexperiencia negociadora y de la situación de presión psicológica (actitudes minimizadoras del riesgo asumido, como la declaración de que la obligación asumida es una cuestión «sólo para las actas»; ocultamiento de información o del riesgo pese a su carácter inusual).

La presión psicológica no tiene por qué darse sólo entre parientes (hijos y cónyuges), sino que puede tratarse de otras circunstancias que impidan la reflexión (*Überrumpelung*), como la presión para una pronta decisión o la amenaza de despido (16).

Por último, el acreedor debe haber conocido los presupuestos anteriores o haberlos desconocido por causa de negligencia. En caso contrario, la fianza será perfectamente válida.

La fianza asumida eficazmente por un fiador sin recursos —al no concurrir todos los presupuestos del § 138 BGB— puede decaer posteriormente por frustración del fin negocial (§§ 242, 313-314 BGB), o por incumplimiento de la condición bajo la cual se asume la fianza (§§ 158-162 BGB). Tal sucederá cuando haya sido asumida por un fiador sin recursos en atención o bajo condición de una adquisición futura de patrimonio (*Einschränkung des Sicherungszwecks auf den Fall künftigen Vermögenserwerbs*).

De este modo, el Tribunal Supremo alemán ha rechazado la aplicación del § 138 BGB a determinados afianzamientos por garantes sin recursos, a la vez que ha hecho depender la existencia y contenido de la obligación fideiusoria de la evolución futura del patrimonio del fiador. Así, por ejemplo, cuando la fianza se contrae ante la expectativa de una herencia futura, para prevenir

ción, es decir, que el obligado asuma una carga desacomodadamente dura, se determina normalmente mediante la desproporción entre la prestación y la contraprestación. Como la fianza es una obligación unilateral es preciso acudir a otro criterio; éste sería la relación entre el contenido de la obligación y la capacidad de prestación del fiador. En cualquier caso, para determinar la capacidad de prestación hay que tomar en consideración tanto el patrimonio actual como los ingresos en curso. Cf. N. HORN, *o.c.*, nota 10, pág. 1082.

(16) Cf. BGH. Urteil vom 16-1-1997 (*WM* 1997, pág. 511). Esta sentencia nos recuerda que los criterios del § 138 o del § 242 BGB no se limitan a los negocios de un determinado círculo de personas (familiares) y que la doctrina de la jurisprudencia sobre fianzas entre familiares también pueden resultar de aplicación entre otras personas, en su caso, con las debidas adaptaciones. Como dice N. HORN, *o.c.*, nota 10: «Das Problem der Bürgschaft des mittellosen Bürgen beschäftigt weiterhin den BGH und löst sich dabei teilweise aus der engeren Fallgruppe der Angehörigenbürgschaft» (pág. 1081).

la posibilidad de desplazamiento patrimonial entre cónyuges, o con vistas a futuras ganancias derivadas del negocio afianzado. En tales circunstancias, el fiador sólo puede ser demandado cuando el aumento en el patrimonio haya acaecido efectivamente. El incremento patrimonial es considerado como condición o base del negocio (17).

En el primer supuesto, cuando la previsión de aumento patrimonial es considerada como condición del negocio, se trata de una obligación de fianza asumida bajo condición. Una condición que limite la responsabilidad del fiador puede determinarse tácitamente o bien asumirse en acuerdos posteriores; en cualquier caso, no precisa forma escrita, pues no se da la función de prevención del § 766 BGB.

El otro camino, la frustración del fin negocial, íntimamente ligado al anterior, suele tomarse en consideración con la disolución del matrimonio, pues el peligro temido de un desplazamiento patrimonial del deudor principal al cónyuge no puede realizarse en adelante. Esta vía presupone un acuerdo sobre el objetivo limitado de garantía, que radica en que la continuidad del matrimonio es fundamento o base del negocio.

Ahora bien, la frustración de la expectativa de ampliación patrimonial del fiador sin recursos no trae automáticamente como consecuencia la ineficacia de la obligación fideiusoria. El efecto jurídico es, más bien, la adaptación del contrato (*Anpassungsvertrag*) (18).

(17) Cf. BGH. Urteil vom 5-12-1996 (*NJW* 1997, págs. 467-470 = *NJW* 1997, págs. 1003-1005): aquí el cónyuge fiador garantiza todos los créditos de la entidad bancaria contra el deudor principal, derivados de la relación negocial; el Banco acepta la relación negocial garantizada ante la expectativa de herencia de una casa por parte de la fiadora. La fiadora, pese a estar cualificada profesionalmente, se encontraba inactiva en el momento de asunción de la fianza, pues debía cuidar de sus dos hijos y en el momento de ser demandada estaba pendiente un proceso de separación. La sentencia del BGH desestimó la demanda en espera de la efectiva herencia. Cf. también BGH Urteil vom 18-9-1997 (*NJW* 1997, págs. 3372-3374): el cónyuge sin recursos garantiza el crédito concedido a su marido, siendo tales circunstancias conocidas por la entidad bancaria; cinco años después de la concesión del crédito se separan. La mujer fiadora no recibe pensión compensatoria por razón del concurso del marido y debe procurarse el sustento por sí misma. El BGH declaró la frustración del fin negocial en virtud del § 242 BGB.

(18) Cf. § 313 BGB: «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerverhältnisse das Recht zur Kündigung». Este precepto —que recoge la doctrina sobre la alteración sobrevenida de circunstancias en el negocio

Por otro lado, que el incremento patrimonial tenga lugar por causa distinta a la prevista, no libera al fiador de responsabilidad, pues sólo el fiador sin recursos es merecedor de protección. Por lo demás, esta causa de resolución es de carácter excepcional. Así, la separación matrimonial no conduce automáticamente a la frustración de la fianza asumida por un cónyuge. Esto iría contra los intereses del acreedor, a quien no concierne la subsistencia del matrimonio. El cónyuge fiador tan sólo dispone de un derecho de liberación contra el deudor principal cuando las ventajas del negocio principal no le favoreciesen y no se alcanzara ningún otro compromiso.

Para que la disolución del matrimonio determine la extinción de la fianza por frustración del fin negocial es necesario, en primer lugar, que el fiador no tenga recursos en el momento de conclusión de la fianza ni tampoco en el momento de ser demandado; pero también es necesario que las partes (acreedor y fiador) hayan previsto la capacidad defectuosa del fiador. La jurisprudencia entiende que el fiador no está en condiciones de hacer frente a su obligación cuando, al asumir la fianza, se pudiera prever que, en el plazo de cinco años a partir del vencimiento de la deuda de fianza, no estaría en situación de extinguir siquiera un cuarto de la deuda principal con sus ingresos libres de cargas.

Se precisa, en segundo lugar, que la fianza se haya concluido en atención a una expectativa de incremento patrimonial del fiador (por ejemplo, por desplazamiento patrimonial o por herencia) y éste no haya tenido lugar, aunque no sea por la causa prevista. El fiador permanece obligado cuando, pese a no suceder el desplazamiento previsto o no recibir la herencia esperada, obtenga por otras vías fondos suficientes (por ejemplo, ser premiado en la lotería).

Por último, en tercer lugar, el fiador ha de carecer de interés alguno en el negocio afianzado. De este modo, tras la separación, el fiador responderá también de la promesa de pensión de su cónyuge a favor de su padre, quien en su momento financió parcialmente el domicilio conyugal.

En suma, pues, se puede afirmar que lo definitivo no es la onerosidad excesiva del fiador, sino la disminución de libertad en el momento de perfeccionarse el contrato de fianza, así como la frustración del fin perseguido por las partes al concluir el contrato de fianza. Naturalmente la excesiva onerosidad no puede dejar de tomarse en consideración. Ambos aspectos, la obligación desproporcionada del fiador, de un lado, y la falta de libertad en la perfección del contrato o la frustración del fin buscado en el negocio, de otro, constituyen criterios necesarios para determinar si la eficacia del contrato se ha de negar conforme al §138 BGB o se ha de limitar conforme al § 242 BGB.

y que ha sido introducido recientemente en el BGB— presenta la resolución del negocio como una medida subsidiaria, aplicable sólo de no ser posible su adaptación.

4. Determinados fiadores gozan además de la protección dispensada por normas especiales. De singular importancia resultan los negocios concertados en condiciones generales, y los realizados a domicilio.

Las entidades crediticias hacen depender con frecuencia la concesión de un crédito de que el fiador firme el formulario de fianza por ellos preparado. Los formularios contienen disposiciones que pueden fortalecer la posición del acreedor a costa del fiador, que pierde la protección dispensada por el Código Civil. Los contratos de fianza redactados por la parte acreedora bajo condiciones generales quedan sometidos, como no podía ser menos, a los §§ 305c 1 y 307.1 BGB (*ex* §§ 3 y 9 de la AGBG); de este modo son ineficaces las cláusulas sorpresivas y las que, contrariamente al principio de buena fe, perjudiquen de forma desproporcionada al usuario.

En un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán negó al fiador, apoyándose en el carácter unilateral y no remuneratorio de su obligación, la facultad de revocar su declaración conforme al § 312 BGB (*ex* § 1 HWiG). Sin embargo, la literatura jurídica es unánime en aceptar la aplicabilidad de estos preceptos al fiador y aduce fundamentalmente razones teleológicas: el fiador por causa de la unilateralidad de su obligación precisa de especial protección frente a «posibles ataques por sorpresa en la puerta de su casa».

Un ejemplo ayudará a comprender esta posición doctrinal (19). La dueña de una boutique solicita un préstamo bancario de 30.000 DM; en varios plazos de pago, incurre en mora. Un empleado del Banco se presenta en casa de la prestataria con objeto de discutir sobre el futuro de la relación negocial e introduce en la conversación al cónyuge de ésta, profesor de instituto, y finalmente, comenta que una declaración de fianza podría aliviar la situación y evitar la resolución del préstamo.

Ante la pregunta de en qué medida la fianza aliviaría la situación, responde que no puede prometer nada, pero que en la situación actual cualquier mejoría podría ser eventualmente de utilidad; tras algunas reflexiones, el profesor asume eficazmente una fianza solidaria en garantía del préstamo. La prestataria sigue sin poder hacer frente a los plazos; el Banco resuelve el préstamo y reclama al cónyuge fiador el pago de los 30.000 marcos.

Parece claro que el fiador no puede alegar la nulidad de su contrato por causa de error. Se trata de una persona formada y tuvo tiempo para reflexionar. Tampoco cabe alegar inmoralidad por razón del § 138 BGB: no puede hablarse de inexperiencia o presión familiar, y el fiador se encontraba en condiciones de amortizar la fianza con su sueldo. Lógicamente, tampoco tiene cabida el beneficio de excusión, pues renunció a tal posibilidad.

(19) El caso está tomado de C. BALDUS, «Der praktische Fall - Europarecht: Der gewürzte Bürge und der EuGH», *JuS* 12 (1995), págs. 1103-1108, quien realiza un exhaustivo análisis a partir de los distintos criterios de interpretación de normas jurídicas.

Sin embargo, por tratarse de un negocio a domicilio, le queda la posibilidad de revocar. Su declaración es ineficaz si revoca en el plazo de dos semanas desde la advertencia de su facultad (que no se le hizo), o de seis meses desde la entrega de la contraprestación —que no hubo, por tratarse de una obligación unilateral— (§ 312 en relación con el § 355 BGB) (20).

PABLO GÓMEZ BLANES
Doctor en Derecho.
Abogado

(20) Cf. C. BALDUS, *o.c.*, nota 19, pág. 1105. En cualquier caso, la doctrina parece unánime respecto a su aplicación al supuesto fideiusorio. Cf. por todos, K. LARENZ, *o.c.*, nota 5, págs. 8-9; y V. EMMERICH, *Schuldrecht. Besonderer Teil* (Heidelberg, 1999), págs. 156-157.

La primacía del acreedor hipotecario sobre el superprivilegio salarial en relación al bien afecto en la nueva Ley Concursal

SUMARIO: OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO.—CONTEXTUALIZACIÓN: FUNCIÓN SOCIAL DEL SALARIO. ¿DERECHO ABSOLUTO DE LOS TRABAJADORES SOBRE DETERMINADOS BIENES? ¿HAN DE EXISTIR LÍMITES CUANTITATIVOS AL PRIVILEGIO SALARIAL? NECESIDAD DE DOTAR DE GARANTÍAS JURÍDICAS SEGURAS AL MERCADO FINANCIERO. INEXISTENCIA DE CRÉDITOS SALARIALES A TRAVÉS DE LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA.—1. CRÉDITOS SALARIALES: 1.1. REGULACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA: A) *Superprivilegio* (art. 32.1 ET). B) *Derecho de separación sobre los efectos elaborados por los trabajadores*. C) *Privilegio general de los acreedores salariales*. 1.2. LA SITUACIÓN EN LA NUEVA LEY CONCURSAL: A) *Créditos contra la masa*. B) *Crédito refaccionario* (art. 90.1.3.º). C) *Crédito privilegiado general*.—2. ACREEDOR HIPOTECARIO: 2.1. NUEVA CONFIGURACIÓN. 2.2. INMODIFICABILIDAD DE SU DERECHO: REGLAMENTO CE NÚMERO 1346/00. 2.3. PRIMACÍA DEL REGLAMENTO CE EN SITUACIONES DE QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY CONCURSAL.—3. EVALUACIÓN DEL CONFLICTO: POSPOSICIÓN DEL CRÉDITO SUPERPRIVILEGIADO EN SITUACIÓN CONCURSAL: 3.1. UN EJEMPLO PRÁCTICO. 3.2. RESOLUCIÓN CONFORME A LA QUIEBRA. 3.3. RESOLUCIÓN CONFORME A LA LEY CONCURSAL.

OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO

Se pretende examinar un supuesto práctico de colisión entre un acreedor salarial superprivilegiado frente a un acreedor con garantía real de hipoteca, ante la existencia de un único bien inmueble hipotecado.

Además se desea mostrar la escala de privilegios salariales en la nueva Ley Concursal. Se mejora la posición de éstos respecto a la anterior regulación, al elevar artificiosamente el superprivilegio de crédito concursal a crédito contra la masa, por razón misma del superprivilegio (más que los demás).

Y en el reparto concurrente con otros acreedores contra la masa tienen preferencia a ser pagados a sus vencimientos y por haber vencido con anterioridad al inicio del concurso, son los primeros en satisfacerse.

Por efecto del Derecho Comunitario se ha establecido la inmodificabilidad de los derechos de crédito con garantía real. En concreto el Reglamento CE 1346/00, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002, preserva unos mínimos para los acreedores con derecho real mediante el cobro directo sobre el bien afecto en exclusiva para la satisfacción del crédito con garantía real en procedimientos de insolvencia.

Además de la configuración de cada crédito de los mencionados, se ha de atender a las normas de la nueva Ley Concursal, relativas al momento del pago y los bienes sobre los que ha de realizarse esta liquidación. El acreedor salarial superprivilegiado no entra en colisión con el crédito garantizado con derecho real, porque el destino de estos bienes está afecto a la *solutio* del crédito con derecho real. El crédito con derecho real mejora su posición al no entrar en conflicto con ningún otro acreedor respecto de los bienes afectos que quedan a su entera satisfacción. Esta medida responde a la necesidad de establecer una figura inalterable en procedimientos de insolvencia a nivel comunitario que confiera cobertura a las entidades de crédito en la concesión de préstamos con garantía real.

La jerarquía de privilegios de la nueva Ley Concursal se aplica únicamente a los supuestos de crisis y existencia de un procedimiento concursal. Lo mismo ocurre con el Reglamento del Consejo antes mencionado. Para el resto de situaciones de concurrencia de créditos, fuera del ámbito del procedimiento universal de concurso, debe atenderse al Estatuto de los Trabajadores (art. 32 ET) y seguir el régimen anterior a la reforma. No obstante en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, tal y como señala la Disposición Final trigésimo tercera de la LC.

El Reglamento CE también ha de aplicarse en el período que va desde su entrada en vigor el 31 de mayo de 2002 hasta la aplicación efectiva de la nueva Ley Concursal. Así, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal se produce una colisión entre lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y el derecho contenido en el artículo 5 del Reglamento Comunitario, y habría de entenderse derogado el Estatuto de los Trabajadores en relación a su pugna con el acreedor hipotecario en situación concursal de quiebra.

Incidencia del Reglamento CE 1346/2000 hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal. El citado Reglamento de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, dispone desde el 31 de mayo de 2002 un derecho inmodificable para los acreedores de derecho real. Este artículo dispone que la apertura de un procedimiento de insolvencia no afectará al dere-

cho real de un acreedor sobre el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto de dicho bien en virtud de hipoteca.

Asimismo, veremos los cambios producidos en las últimas fases prelegislativas del Anteproyecto, Proyecto de Ley y, finalmente, en el texto publicado de la nueva Ley Concursal.

En todo caso, la nueva LC trata de evitar el nacimiento de los créditos salariales mediante la conservación de unidades empresariales con el mismo empresario o con uno nuevo mediante cesión de la empresa *siempre que sea factible*. La nueva regulación apuesta por la continuidad de la empresa, siempre que sea factible, y, por ende, por la continuidad de los contratos laborales.

Antes de tratar la materia, se va a realizar una breve contextualización respecto a los créditos salariales y acreedores con Derecho real. Seguidamente, se mostrará la nueva regulación de ambas figuras y se resolverá un supuesto práctico conforme a la nueva Ley Concursal y a las normas de la quiebra.

CONTEXTUALIZACIÓN

FUNCIÓN SOCIAL DEL SALARIO

El salario es la única remuneración para muchas personas que realizan su esfuerzo y actividad profesional y laboral en una empresa. La mayoría de las personas tienen como única fuente de ingresos su salario. Además, los trabajadores se encuentran desprotegidos frente a la empresa, al no contar con información respecto de su funcionamiento y de su situación financiera. De igual manera, los créditos salariales carecen de garantías reales, por lo que parece evidente una necesaria protección de dichos créditos de su salario y las indemnizaciones correspondientes. Esta función social ha sido tutelada por convenios internacionales, como el de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

Derivados de dicha función social, existen mecanismos de protección institucional de los créditos salariales a través del Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se encarga del abono a los trabajadores del importe de los salarios pendientes de pago en situaciones de insolvencia, si bien con límites en lo que a los módulos salariales mínimos se refiere.

La protección del salario justifica el privilegio del crédito salarial dentro del procedimiento de concurso. Parece innegable la necesidad de proteger y privilegiar créditos salariales.

¿DERECHO ABSOLUTO DE LOS TRABAJADORES SOBRE DETERMINADOS BIENES?

Si bien parece incuestionable la necesidad de conceder privilegio al crédito salarial, también ha de medirse el privilegio con respecto a otros acreedores que no lo ostentan. Al carecer los trabajadores de garantías reales sobre bienes afectos en el derecho de cobro de sus créditos, parece que sí incorporan de su trabajo determinados bienes que son aquellos que produce la propia empresa y que han sido elaborados por los trabajadores. *¿Se puede establecer una cierta identificación entre el tiempo de trabajo de los trabajadores y los bienes que resulten de la fabricación de la propia empresa?* ¿Sería posible afectar esas horas de trabajo de elaboración de aquellos objetos y productos de la empresa y vincularlos a la satisfacción del derecho de crédito de los trabajadores?

¿HAN DE EXISTIR LÍMITES CUANTITATIVOS AL PRIVILEGIO SALARIAL?

Parece que se cumple la tutela de la función social del salario cuando el módulo protegido o la cuantía de protección privilegiada es la mínima de subsistencia según criterios que se establezcan por Ley. Pero sería gravoso para los demás acreedores que se privilegiasen los créditos salariales en toda su cuantía y que aquellos salarios muy altos gozaran de una protección privilegiada absoluta o cuasi-absoluta frente a los demás acreedores. Por ello, parece que ha de establecerse una escala de cuantías y de privilegios que permitan tutelar al trabajador y que no generen un privilegio absoluto que impida a otros acreedores acceder al cobro de sus créditos.

NECESIDAD DE DOTAR DE GARANTÍAS JURÍDICAS SEGURAS AL MERCADO FINANCIERO

La concesión de préstamos hipotecarios y otros créditos de financiación necesita seguridad de recobro. Si un Banco no sabe quién pueda tener mejor derecho que él a percibir el resultado de la realización del bien afecto con garantía real, la Banca no concederá préstamos hipotecarios. Por ello, se precisan instrumentos jurídicos seguros para la concesión de financiación, y cobertura jurídica segura para su recobro.

De igual manera, la existencia de regulaciones diversas en la Unión Europea provoca la necesidad de su armonización y uniformidad en algunos aspectos. A tal fin, se establecen desde Bruselas unos mínimos de cobertura que deben ser respetados en toda la Unión Europea. Esos mínimos, regulados a través de Reglamentos CE, dotan de seguridad jurídica al mercado financiero en la concesión de préstamos con garantía real.

INEXISTENCIA DE CRÉDITOS SALARIALES A TRAVÉS DE LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

A veces, el cataclismo de una empresa no es tal, sino que se confunde con el cataclismo del empresario. En ocasiones, una organización empresarial puede ser rentable en manos de un empresario audaz, esforzado y trabajador, con recursos financieros. Por el contrario, cuando una empresa se encuentra en manos de un empresario fallido no tiene otra viabilidad que la insolvencia. Por ello, se ha de identificar la empresa como unidad empresarial compuesta de recursos humanos y medios técnicos, materiales y de mercado, capaz de continuar su actividad al margen del empresario que la llevó a la crisis. De esta manera, siempre que fuera factible la continuidad de la empresa, se podrán encontrar empresarios que quieran hacerse cargo de la misma sin asumir el pasivo, pero recibiendo fondo comercial, clientes, trabajadores, mercado y, en definitiva, factores que pudieran ser capaces de continuar con esa organización empresarial. Si esto ocurriera, los contratos de trabajo no se extinguirían. Por ello, quizá la mejor solución para evitar la aparición de los créditos salariales sea la continuidad de la empresa como medida obligatoria, siempre que sea factible. Esta opción nos evitaría tener que organizar los privilegios absolutos, las limitaciones y la universalidad del cauce de ejecución, respecto de los créditos salariales, al no llegar éstos a nacer.

1. CRÉDITOS SALARIALES

1.1. REGULACIÓN ANTERIOR LA REFORMA

El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores establece tres fórmulas de protección referidas a un superprivilegio absoluto de los acreedores concursales, aunque limitado en cuantía y duración, seguido de un derecho de separación que afecta a determinados bienes a la satisfacción de los acreedores salariales y, por último, un privilegio general, también con límites cuantitativos. El resto, es decir, las cuantías no cubiertas por estos privilegios, serán créditos ordinarios. Estos privilegios se mantienen en caso de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien, pero fuera de situación concursal. Veamos brevemente estas modalidades de privilegios de los créditos salariales:

A) *Superprivilegio (art. 32.1 ET)*

Dispone un derecho salarial protegido y limitado en cuantía y en duración, y que tiene una preferencia sobre cualquier otro crédito, incluso aunque

esté garantizado por prenda o hipoteca. En concreto, se señala así este privilegio para los salarios de los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, como decimos, por delante de cualquier otro acreedor, incluso aquellos que se encuentren garantizados con prenda o hipoteca.

B) *Derecho de separación sobre los efectos elaborados por los trabajadores*

Mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, los créditos salariales gozan sobre estos objetos de preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito. Estos bienes quedan afectos al pago de los créditos salariales. Más adelante analizaremos la polémica suscitada en torno a si es posible extender a los bienes inmuebles y en qué casos podemos hablar de objetos elaborados por los trabajadores.

C) *Privilegio general de los acreedores salariales*

Que sigue en el orden a los acreedores con derecho real. Se regula en el artículo 32.3 del ET, según el cual, tendrán la condición de créditos singularmente privilegiados (en cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago) y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto sobre los créditos con derecho real. Y respecto a las indemnizaciones por despido, la cantidad correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere también el triple del salario mínimo interprofesional. Además de estos derechos, se dispone de privilegios de ejecución separada sin paralización de las ejecuciones (art. 32.5 ET) en la vía de lo social.

1.2. LA SITUACIÓN EN LA NUEVA LEY CONCURSAL

Compararemos los derechos que se señalan en la nueva LC con los actualmente vigentes, para mostrar el equilibrio que se sigue en una y otra regulación. En particular, se establece la siguiente clasificación de los créditos laborales:

A) *Créditos contra la masa*

- *Indemnizaciones por extinción colectiva durante el proceso del concurso*: tienen la consideración de créditos contra la masa, lo cual parece lógico, ya que es el propio juez del concurso quien acuerda esta extinción de los contratos de trabajo. Artículo 84.2.5.º *in fine* de la nueva regulación.
- *Consideración del antiguo superprivilegio como crédito contra la masa*: el antiguo superprivilegio pasa a ser considerado crédito contra la masa (*los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional* (art. 84.2.1.º nueva legislación concursal). La posición del conocido como crédito superprivilegiado del artículo 32.1.º del Estatuto de los Trabajadores pasa a una «teórica» mejor posición que en la anterior regulación. Antes se situaba el primero de los acreedores concursales. Ahora aparece entre los pre-deducibles: que perciben su crédito antes que los acreedores concursales, pero pierde frente al titular de un crédito con bien afecto por derecho real.

B) *Crédito refaccionario (art. 90.1.3.º)*

El tenor literal del artículo 90.1.3.º de la nueva regulación es muy similar respecto del señalado en el artículo 32.2 ET: *Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.*

En este punto existe polémica respecto a la extensión y condiciones de *ejercicio de este derecho refaccionario* o derecho de separación. A nuestro entender, hemos de identificar el objeto sobre el cual puede recaer el derecho de separación, derivado de actividades de elaboración de los trabajadores; en concreto, actividades industriales de tipo extractivo, de tipo productivo, de pesca, agrarias, creativas en sus manifestaciones intelectual e industrial, contrato de trabajo, buques, aeronaves, edificaciones, así como energía en general (RÍOS SALMERÓN, B.). Los sujetos beneficiados por este derecho de separación son los trabajadores que elaboran estas materias y se extiende a todos aquellos que se denominan «colaboradores invisibles», que trabajan en el seno de la empresa y aportan su actividad.

También existió una gran discusión sobre la posibilidad de extender este derecho a los bienes inmuebles por parte de los trabajadores. La jurisprudencia indicó que esto sólo era posible en el ámbito de las empresas de construc-

ción respecto de los edificios que realizaban. Sin embargo, hubo cierta polémica por una sentencia del TSJ del País Vasco en la que se concedía el derecho de los trabajadores a la separación, en base al artículo 32.2 ET y respecto del inmueble que vienen utilizando para las actividades de la empresa. Es decir, la extensión sobre el inmueble-lugar de trabajo del derecho de separación por parte de los trabajadores. Finalmente, el TS en Recurso de Casación para la unificación de doctrina resolvió que el Estatuto de los Trabajadores silencia toda prioridad de los créditos salariales sobre el inmueble-lugar de trabajo y que, por tanto, no puede extenderse a este inmueble el derecho de separación mencionado.

C) *Crédito privilegiado general*

Este punto sigue la misma regulación que ya existía en el artículo 32.3.º del ET.

Artículo 91.1.º LC: «*Son créditos con privilegio general: 1.º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso*».

Respecto a la duración de salarios que han de gozar de este privilegio general, se cuenta con normas informadoras y la evolución prelegislativa de la Ley Concursal. Como norma informadora contamos con el Convenio de la OIT donde se establecen unos períodos de tres meses que, en conjunto, suponen seis meses, más las cuantías respecto de indemnizaciones por despido (Convenio de la OIT, Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, dictado con ocasión de la Conferencia General de la OIT en Ginebra, el 3 de julio de 1992, y que entró en vigor en España el 6 de mayo de 1996). Por su parte, la propuesta del profesor Rojo establecía una limitación del privilegio a los salarios correspondientes al año anterior al inicio del procedimiento concursal o de la extinción del contrato de trabajo. Las mismas características seguía el Anteproyecto de Ley Concursal de mayo de 2001 de la Comisión General de Codificación, que disponía un período de seis meses de salarios por los seis meses anteriores al inicio del procedimiento concursal o la extinción del contrato de trabajo, limitando

también las indemnizaciones por despidos producidos a los seis meses anteriores al inicio del procedimiento concursal.

Sin embargo, vemos de nuevo cómo en fase de influencias por las diferentes instituciones del Estado, se han incorporado a la Ley Concursal diversas medidas tendentes a mantener la situación anterior y a no establecer límites temporales en el privilegio general salarial, a diferencia de lo que ocurre con los límites cuantitativos.

2. ACREEDOR HIPOTECARIO

2.1. NUEVA CONFIGURACIÓN

Por un lado, se asegura una relación directa de cobro con el bien afecto a la *solutio* del crédito con garantía real. Es decir, sin concurrencia con otros acreedores. El sobrante, obviamente, se integrará en la masa activa a fin de atender las obligaciones del deudor. En este punto, se mejora al acreedor con derecho real respecto de los acreedores superprivilegiados.

Sin embargo, la Ley supedita al acreedor con derecho real al concurso, y se establecen limitaciones del ejercicio de su derecho de crédito. Estas limitaciones no afectan al derecho mismo, pero sí a su ejercicio, de tal manera que cede el acreedor con derecho real para facilitar la buena gestión del concurso y evitar perturbaciones patrimoniales innecesarias para el deudor durante la gestión del concurso.

Se disponen en la LC pequeños sacrificios a los acreedores que más privilegios tienen para colaborar con una mejor solución de pago a la generalidad de los acreedores que son ordinarios y, por ende, a aquellos otros que están postergados y son subordinados.

Entre estas medidas, se establece la paralización de las ejecuciones de acreedores con garantía real y la imposibilidad del inicio de un procedimiento de ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, según dispone el artículo 56.1 y 2 LC. Estas medidas sólo operan respecto de los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (art. 56.1). La suspensión de las ejecuciones garantiza una buena gestión del concurso e impide una despatrimonialización inoportuna del deudor. Además, la nueva Ley reconoce derechos al deudor y se permite que la administración concursal pueda optar entre el rescate del bien afecto o su realización, así como una rehabilitación de los créditos y

contratos ya resueltos en determinados casos y condiciones (arts. 68 y 69 LC). Esta medida disciplina a los acreedores con privilegio especial a la buena gestión del concurso y, en definitiva, a favor de la protección del crédito globalmente considerado, con los consiguientes sacrificios para estos acreedores con privilegio especial.

2.2. INMODIFICABILIDAD DE LOS DERECHOS REALES: REGLAMENTO CE NÚMERO 1346/00

Esta regulación resulta derivada del *Reglamento Comunitario CE 1346/00, de 29 de mayo de 2000*, sobre los procedimientos de insolvencia, y que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este Reglamento CE dicta normas de protección e información para los acreedores y, a su vez, dispone de un régimen mínimo de respeto y tutela hacia los acreedores con derecho real. Dispone, así, la inmodificabilidad de los derechos reales (*rights in rem*). Por ello, la anterior regulación de la Reforma Concursal entraría en conflicto directo con el Reglamento Comunitario que, en su artículo 5.2, regula el tratamiento de los derechos reales de terceros. Entre estos derechos se señala el derecho a realizar o hacer realizar el bien, y a ser pagado con el producto o rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda e hipoteca —art. 5.2.a) del Reglamento CE—.

Lo mismo ocurre con el derecho exclusivo a cobrar un crédito garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía, así como respecto el derecho a reivindicar el bien y reclamar su restitución —art. 5.2.b) y c) del Reglamento CE), en supuestos de acreedores con privilegio especial de la nueva regulación.

Se salva así a los acreedores con privilegio especial, que tienen bienes afectos a la satisfacción de sus créditos, de verse obligados a participar en el cobro con otros acreedores que no sean ellos mismos. Por tanto, el bien afecto por un derecho real no puede ser modificado en esa relación directa de cobro que tiene respecto del bien afecto.

2.3. PRIMACÍA DEL REGLAMENTO CE 1346/2000 EN SITUACIONES DE QUIEBRA Y SUSPENSIONES DE PAGOS HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY CONCURSAL

El citado Reglamento de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, dispone desde el 31 de mayo de 2002 un derecho inmodificable para los acreedores de derecho real. Así, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, se produce una colisión entre lo dispuesto en el

Estatuto de los Trabajadores y el derecho contenido en el artículo 5 del Reglamento Comunitario. Este artículo dispone que la apertura de un procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor sobre el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto de dicho bien en virtud de hipoteca. Por tanto, habría de entenderse modificado el Estatuto de los Trabajadores en relación a su pugna con el acreedor hipotecario en situación concursal de quiebra.

3. EVALUACIÓN DEL CONFLICTO: POSPOSICIÓN DEL CRÉDITO SUPERPRIVILEGIADO EN SITUACIÓN CONCURSAL

El problema se suscita cuando entran en *colisión directa un acreedor superprivilegiado y un acreedor con garantía real de prenda o hipoteca sobre un único bien hipotecado*.

El Proyecto de Ley Concursal seguía la línea del Estatuto de los Trabajadores. Se consideraba el superprivilegio como un crédito concursal, pero con un privilegio de anticipación frente a los acreedores concursales y también frente a los acreedores con derecho real en el caso de que no hubiera más bienes para hacer efectivo el derecho de crédito salarial superprivilegiado. Esta anticipación del superprivilegio se señalaba en el artículo 154 del Proyecto de Ley Concursal publicado en el *BOCG* de 23 de julio de 2002. Así, se preveía que el superprivilegio no entraría en colisión con los bienes afectos sujetos a privilegio especial cuando hubiere otros bienes disponibles. Pero en el caso de concurrencia e inexistencia de otros bienes libres, al margen de los sujetos a derecho real, en este caso, primaría el superprivilegio, como había ocurrido antes de la reforma.

Sin embargo, posteriormente, ya en el texto del Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados (*BOCG* de 1 de abril de 2003) y, finalmente, en la Ley Concursal, se ha considerado el superprivilegio como un crédito contra la masa. Se rompe así el principio de Derecho Concursal de considerar acreedores concursales a aquellos que están sometidos a la solución global a la crisis, por ser acreedores anteriores al momento de la declaración del concurso. Así, los diferenciamos de aquellos otros acreedores *ex post*, que son quienes han contratado o generado su crédito con posterioridad al inicio del procedimiento de concurso o se tratan de gastos necesarios para el desarrollo del concurso. Pues bien, se produce un pase del superprivilegio en su consideración como acreedor concursal a crédito contra la masa.

Esta aparente ventaja o mejora resulta relevante respecto de los otros acreedores contra la masa, pero no lo es respecto de los acreedores con

Derecho real. Así, el orden de pago de los acreedores contra la masa se hará con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Y, en caso de resultar insuficiente lo obtenido para el pago de estos acreedores contra la masa, se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por orden de sus vencimientos.

Por ello, *los acreedores con privilegio especial no ven modificado su derecho directo sobre el bien por tener bienes afectos al cobro de sus créditos*. Hasta el producto de la venta de dicho bien satisfarán su crédito los acreedores con derecho real o con bienes sujetos a financiación de bienes muebles a plazos o arrendamiento financiero.

El nuevo régimen de privilegios en el ámbito concursal sigue una línea muy similar a la regulación anterior a la reforma. Se mantiene el derecho refaccionario sobre los bienes derivados de la actividad de los trabajadores y se mantiene también el privilegio general salarial con los mismos límites ya establecidos anteriormente. El único cambio se produce respecto del superprivilegio, que se desplaza al grupo de los créditos contra la masa. Dentro de los acreedores contra la masa tienen una inmejorable posición por cuanto sus vencimientos son anteriores al inicio del concurso, cuando la mayoría de los acreedores contra la masa son gastos originados con posterioridad o con ocasión del inicio del concurso o por gastos necesarios para el desarrollo del procedimiento judicial.

Sin embargo, el superprivilegio pierde en concurrencia con el acreedor con garantía real, como es el acreedor hipotecario. Estos bienes, especialmente afectos a la satisfacción del crédito con privilegio especial, no entran en el reparto para los acreedores contra la masa, salvo que existiere sobrante del producto de su venta. Se mejora a estos acreedores con derecho real en situación concursal, pero se les supedita al concurso mediante la paralización de sus acciones de ejecución. Y todo ello deriva de una regulación comunitaria que dicta normas supranacionales de obligado cumplimiento.

Todas estas normas de clasificación se aplican únicamente en situación concursal. En caso de concurrencia de acreedores sin procedimiento de concurso, se aplica provisionalmente el régimen contenido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, hasta que el Gobierno presente un Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares (Disposición Final 33.^a de la LC).

3.1. UN EJEMPLO PRÁCTICO

Se trata de analizar la posición de los siguientes acreedores, teniendo en cuenta que el *único bien en la masa activa* del deudor es el bien hipotecado,

que tiene un valor de 10.000 €. Existe en el pasivo un acreedor contra la masa por un importe de 2.000 €, los acreedores salariales importan 6.000 € por los 30 últimos días y doble del salario mínimo interprofesional, así como otros 18.000 € por el resto de salarios e indemnizaciones. Y el acreedor hipotecario (8.000 €). Vamos a analizar esta colisión en caso de quiebra y de la nueva regulación del concurso.

3.2. RESOLUCIÓN CONFORME A LA QUIEBRA

El acreedor hipotecario tiene la condición de acreedor *ex iure crediti* y goza de un derecho de separación relativo del bien afecto respecto de la masa activa. Significa que puede separar ficticiamente este bien de la masa activa y percibir su crédito de la ejecución del bien. Si hubiere sobrante, por haber quedado satisfecho el acreedor hipotecario, se ingresará este sobrante en la masa activa. Caso de no alcanzar el producto de la venta del bien la totalidad del crédito hipotecario, éste se insinuaría en la masa pasiva, integrando el grupo de acreedores concursales, debiendo ser objeto de graduación.

Sin embargo, el artículo 32.1.º del Estatuto de los Trabajadores señala que el superprivilegio tiene preferencia, por delante incluso de los créditos garantizados con prenda e hipoteca. En este sentido, el acreedor salarial por los 6.000 € correspondiente a los treinta últimos días y con el límite del doble del salario mínimo interprofesional, tiene una preferencia de cobro con respecto al acreedor hipotecario, quien percibiría su crédito en segundo lugar. El acreedor contra la masa no percibiría nada respecto de este bien, ya que habríamos de entender que la finca sujeta a garantía está fuera de la masa, al estar sujeto al derecho de cobro de un acreedor *ex iure crediti*, como es el acreedor hipotecario.

En resumen, se seguirá el *siguiente orden de cobro del bien hipotecado*:

- Acreedores salariales: 6.000 € correspondiente a los treinta últimos días y con el límite del doble del salario mínimo interprofesional.
- 4.000 € acreedor hipotecario.

En la masa activa del deudor y con cargo a otros bienes no afectos y que pudieran aparecer, el orden de cobro sería:

- Acreedor contra la masa: 2.000 €.
- Acreedores por salarios e indemnizaciones: 18.000 €, tomando como base máxima salarial y de indemnización el triple del salario mínimo interprofesional.

- Acreedor hipotecario como acreedor escriturario al no existir bien afecto y porque su crédito está documentado en escritura pública, lo que le coloca entre los privilegiados escriturarios.

Incidencia del Reglamento CE 1346/2000 hasta la aplicación de la nueva Ley Concursal. El citado Reglamento de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, dispone desde el 31 de mayo de 2002 un derecho inmodificable para los acreedores de derecho real. Así, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, se produce una colisión entre lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y el derecho contenido en el artículo 5 del Reglamento Comunitario. Este artículo dispone que la apertura de un procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor sobre el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto de dicho bien en virtud de hipoteca. Por tanto, habría de entenderse derogado el Estatuto de los Trabajadores en relación a su pugna con el acreedor hipotecario en situación concursal de quiebra hasta el 1 de septiembre de 2004.

3.3. RESOLUCIÓN CONFORME A LA LEY CONCURSAL

Se dispone en el Reglamento Comunitario 1346/00 la inmodificabilidad de los derechos de crédito con garantía real. La nueva Ley Concursal no permite la anticipación de los créditos salariales al acreedor hipotecario, aun cuando tenga la consideración de crédito contra la masa. Por ello, en primer lugar, se sitúa el acreedor hipotecario para realizarse con el producto obtenido de la enajenación de su bien, es decir, percibiría 8.000 € de un valor teórico de 10.000 €. A continuación, el sobrante se reparte entre los acreedores contra la masa.

Y en caso de resultar insuficientes, como es el siguiente supuesto, el activo para pagar a los acreedores contra la masa, se distribuirá entre todos los acreedores contra la masa *por orden de sus vencimientos*. En este supuesto, el acreedor salarial goza de un vencimiento anticipado por corresponder su salario a un momento anterior, incluso, al inicio del concurso, ya que, como hemos visto en el desarrollo del artículo, pasa de acreedor concursal por el momento del devengo de su crédito a acreedor contra la masa, reservado para aquellos gastos necesarios y para los que se sucedan con posterioridad al concurso.

Por tanto, el orden sería el siguiente:

- Acreedor hipotecario: 8.000 €.
- Acreedor salarial superprivilegiado ahora crédito contra la masa: 2.000 €.

- Resto de clasificación si hubiera otros bienes no sujetos a privilegio especial:
 - Acreedor salarial: 4.000 € restante del superprivilegio.
 - Acreedor contra la masa: 2.000 €.
 - Resto salarios e indemnizaciones: 18.000 €.

Prof. Dr. D. EMILIO GONZÁLEZ BILBAO
Abogado, Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Mercantil y Derecho Concursal
Universidad de Deusto
www.gbilbaoabogados.com
www.deusto.es

Calificación y recursos en la Ley 24/2001, de 27-12, y reformas posteriores

SUMARIO: FINALIDADES DE LA REFORMA.—LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: A) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. B) PLAZO PARA CALIFICAR. C) PLAZO PARA DESPACHAR LOS DOCUMENTOS. D) CONSECUENCIAS DE LA NO CALIFICACIÓN. E) CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN FUERA DE PLAZO. F) CALIFICACIÓN POSITIVA. G) CALIFICACIÓN NEGATIVA. H) NOTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN NEGATIVA. I) EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN NEGATIVA Y POSTURAS QUE PUEDEN ADOPTAR LOS AFECTADOS FRENTE A LA MISMA: 1.^a Calificación por Registrador sustituto. 2.^a Recurso gubernativo y otros previstos en la Ley: a) Recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado; b) Recurso ante los órganos del orden jurisdiccional civil; c) Recurso de queja.

FINALIDADES DE LA REFORMA

Para conocer el alcance de las novedades que introdujo la Ley de Acompañamiento, de 27 de diciembre de 2001, en materia de calificación y recursos, nada mejor que ver las intenciones del legislador para llevar a cabo la reforma de la legislación hipotecaria, y que estimo son dos, fundamentalmente:

- *agilizar el procedimiento registral y*
- *acentuar lo más posible la defensa de los intereses de los que acuden a la institución registral, en definitiva de los consumidores del Registro.*

1.^a Que la primera de las ideas de la LA es *agilizar el procedimiento registral*, y, concretamente, *el despacho de los títulos notariales, judiciales, administrativos y privados susceptibles de inscripción que documenten operaciones de tráfico jurídico inmobiliario y mercantil*, ha sido puesto de manifiesto en la *Resolución de 4 de julio de 2002 de la Dirección*

General de los Registros y del Notariado, y en el preámbulo del Real Decreto de 1 de agosto de 2003, que regula el derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto. Dentro de la *Ley de Acompañamiento* se encuentran una serie de *normas que también lo reflejan*, tales como:

- Las que señalan el plazo breve de quince días para calificar los documentos.
- Aquéllas que han acertado los plazos del recurso gubernativo, tanto para interponerlo como para resolverlo, e introducen como alternativa la posibilidad de acudir antes al Registrador sustituto, si el titular no califica los documentos que se le presenten en el plazo marcado por la ley o si, hecha la calificación, los interesados difieren de la misma.
- Las que dan entrada en la mecánica registral a las más modernas técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, a las que alude la LA en varios preceptos, y regula con detalle en la sección 8.^a
- O las que consideran *no ser necesario que el Notario transcriba los poderes que se le exhiban* para acreditar la representación de las personas que actúen en nombre de otras.

2.^a La segunda finalidad del legislador con la reforma de la LA está muy en la línea de las recientes normas sobre *defensa de los consumidores*, y es que, como señala GÓMEZ GÁLLIGO, entre los fundamentos de la calificación registral se encuentra, precisamente, el de la protección de los consumidores. El mismo preámbulo del Real Decreto de 1 de agosto de 2003, antes citado, apunta cómo con la calificación registral se protegen los intereses de las partes, para evitar que las mismas puedan eludir normas imperativas con éxito, con lo que obtendrían ventaja competitiva sobre el resto, lo que incrementaría los costes transaccionales y la ineficacia del sistema económico.

Esta finalidad de defensa la vemos reflejada tanto en las medidas que acabo de señalar y que agilizan el procedimiento registral, como a través de otras más concretas, como pueden ser:

- La obligación que se impone a los Registradores de *notificar los posibles defectos observados en los documentos que califiquen*, tanto a sus presentantes como a los funcionarios autorizantes de los mismos.
- El *dar entrada*, en toda esta materia, a la *normativa sobre procedimiento administrativo*, al ser frecuentes las remisiones a la Ley de Procedimiento Administrativo, cuya aplicación, no cabe duda, lleva consigo mayores garantías que el procedimiento que venía utilizándose hasta ahora, tal vez excesivamente patriarcal.

- El dar rango legal a la regulación del *recurso gubernativo* y *el introducir en el mismo* la teoría del *silencio administrativo*, si la DG no resuelve el recurso en el plazo previsto.
- Por último, y esto es muy de destacar, el admitir la posibilidad de *poder acudirse a la vía judicial ordinaria contra las Resoluciones de la DG*.

En esta esfera del recurso gubernativo se han introducido novedades muy interesantes en la Disposición Adicional decimocuarta, de la LA de 30 de diciembre de 2002:

1. En primer lugar, se extiende la protección que otorga el procedimiento registral no sólo a los presentantes o autorizantes de los documentos que acceden al Registro, sino a otros posibles afectados por los asientos que vayan a practicarse, como resulta del párrafo quinto que se añade al artículo 327 de la Ley Hipotecaria, en el que se dice que: «Igualmente lo *trasladará (el recurso) a los titulares cuyos derechos consten presentados, inscritos, anotados o por nota al margen en el Registro y que puedan resultar perjudicados por la resolución que recaiga en su día*. Cuando la nota desestimatoria se funde en la falta u *omisión de una licencia o autorización* de cualquier autoridad u organismo público o de la falta u omisión del *consentimiento* de una persona física o jurídica, el Registrador *les notificará* la interposición, en su caso, del recurso».

2. En segundo lugar, se intenta *equilibrar la protección que la Ley concede a todos los interesados*, desde el momento que se introduce un nuevo párrafo cuarto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria conforme al cual: «Cuando la Resolución sea estimatoria, el Registrador que haya firmado la nota de calificación revocada, así como los titulares de derechos a quienes se les haya notificado la interposición del recurso, estarán también legitimados para recurrirla».

Más adelante insistiremos en todos estos puntos, al ocuparnos del articulado de la Ley. De momento, basta con indicar que todas esas normas que acabamos de sistematizar tratan de *evitar la posible indefensión de las personas que se mueven en el ámbito del procedimiento registral*. Indefensión que está proscrita de nuestro ordenamiento por vía constitucional, a través del artículo 24 de la CE. Y con la última reforma introducida por la Ley de 30 de diciembre de 2002, se destaca otra nota, también de rango constitucional, como es un *trato más igualitario entre todos los interesados*.

Y expuestas estas ideas, paso a ocuparme del articulado de la LA, en la parte que es objeto de este trabajo.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

En su estudio, podemos referirnos a los siguientes extremos:

A) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Ya hemos citado antes la Resolución de la *Dirección General de los Registros y del Notariado* de 4 de julio de 2002, en la que, después de señalar que la finalidad de las medidas introducidas por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, es la de *agilizar el despacho de los títulos susceptibles de inscripción*, dice que, sin embargo, esta cuestión no resulta sencilla ya que, al arbitrar alguna medida tendente a conseguir esa agilidad en el despacho de documentos, siempre existe *riesgo de que se lesione la seguridad* que debe presidir la inscripción de los derechos que nacen de esta clase de negocios; seguridad que, en una buena parte, descansa en la calificación registral. Estas mismas palabras se recogen en el preámbulo del Real Decreto de 1 de agosto de 2003.

Por ello, lo primero a destacar, al iniciar el estudio de las reformas introducidas en la LH por la LA, es el hecho de que el párrafo 1.º del artículo 18 de la LH no ha sido tocado por dicha LA, y sigue diciendo que: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, *la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*».

En este sentido, la importante *Resolución de 12 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, respondiendo a consulta del Consejo General del Notariado, señala que, aunque el artículo 98.2 de la LA *incrementa la fe pública notarial en materia de representación*, lo hace *sin merma de la función calificadora de los Registradores*, al no haberse modificado el artículo 18 LH.

Y haciendo una interpretación auténtica al artículo 98.2 de la LA, en que se dispone que: «*La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario*», la Dirección General, en esta Resolución, señala las condiciones necesarias que deben cumplirse y que se deducen del mismo precepto:

1.º Que el Notario haga una *reseña del documento* auténtico que se aporte para acreditar la representación alegada; lo que puede desdoblarse en dos apartados o requisitos:

- a) Que se indiquen las *señas distintivas del documento* auténtico que se haya aportado; lo que puede permitir que el Registrador considere defecto el hecho de no indicarse la fecha de dicho documento, su Notario autorizante y demás datos que puedan identificarlo.
- b) Que se haga una *relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas*. Esto es, en una representación para realizar una venta en nombre del representado, no bastaría una indicación genérica, sino que habría de especificarse, por ejemplo, que el poder contiene facultades para la venta de inmuebles e, incluso, si es un poder más concreto, que contiene facultades para la venta de la finca que se trasmite en la escritura para la que se aporta dicho poder.

2.º El segundo requisito que exige el artículo 98.2, según señala la Resolución citada, es el *juicio que debe dar el Notario sobre la suficiencia de las facultades representativas*; lo que también puede dar lugar a que se aprecien defectos por el Registrador, como puede suceder:

- a) Si *en la escritura no se manifiesta* por el Notario autorizante de la misma *ese juicio de valor*, bien porque se ha omitido, sin más, o porque se ha expresado de forma insuficiente en alguno de sus extremos.
- b) Cuando el Notario *se limita a transcribir o incorporar*, total o parcialmente, el documento representativo que le hayan aportado o a *decir que se presentará* donde fuere necesario, todo ello, *con omisión de su valoración*, ya que, con la nueva Ley, este juicio no es una facultad del Notario sino una obligación que se le impone como imprescindible.
- c) Si a pesar de contenerse el juicio de valor, éste *fuera contradictorio* con lo que resulte del mismo documento o de los asientos del Registro. Como ejemplo, puedo citar una escritura que calificué en la que su Notario autorizante, en la parte de la comparecencia, manifestaba que eran suficientes las facultades del apoderado que intervenía en la misma y, luego, en la misma escritura, venía al final una diligencia de ratificación por parte de otro representante de la entidad representada, por ser insuficiente el poder alegado por el primer compareciente, ya que se trataba de unas facultades que se extendían hasta una determinada cantidad, sobrepasada la cual, como ocurría en dicho caso, se requería la intervención de otro apoderado.

Aparte de lo que llevamos dicho, tampoco puede desconocerse con este nuevo sistema de la LA que, al mismo tiempo que *se incrementa la fe pública notarial, también acentúa la responsabilidad del Notario*, como puede ocurrir si éste, aunque relacione facultades concretas, *omite expresar las posibles*

limitaciones contenidas en el poder que le han exhibido, ya que, al no expresar esas posibles limitaciones, a efectos de la calificación registral, se entenderán como inexistentes, lo que puede determinar surjan responsabilidades notariales por dichas omisiones.

Entre esas posibles limitaciones que puede omitir el Notario y, que pueden hacerle incurrir en responsabilidad, podemos citar, siguiendo el trabajo de los Registradores de Torreveja, AGUILERA ANEGÓN y RAMOS BLANES:

- Que las facultades transcritas hayan de ser ejercitadas en forma mancomunada.
- Que sólo puedan ejercitarse en relación con determinadas personas (comprar no a cualquiera, sino a X).
- Que solamente se puedan ejercitar en un plazo determinado.
- Que estén sujetas a determinadas condiciones (por ejemplo, límite de la cuantía, muy frecuente en los poderes a los representantes de los Bancos, o renta mínima en un arrendamiento, etc.).
- Que sólo puedan ejercitarse en relación a determinados bienes o derechos (vender una determinada finca o el pleno dominio de la misma y no el constituir sobre la misma un derecho real limitativo).

Por tanto, y a modo de conclusión, podemos decir que el hecho de haber mantenido sin tocar el párrafo 1.º del artículo 18 de la LH y su concordante del RRM, pone de relieve, como ya señalara el Colegio de Registradores en la primera circular del nuevo Decano, reiterada en otras posteriores, que la LA en nada afecta a la función calificadora, que no ha sufrido menoscabo en su contenido, sino que la nota de calificación, como pieza esencial en la estructura del sistema de seguridad jurídica preventiva, ha sido reforzada, por lo que «el juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario» (art. 98 LA), no puede suplir, en este punto, la calificación registral.

Y es que, en definitiva, el artículo 98.2 de la LA no trata de limitar las facultades calificadoras de los Registradores, sino reducir el espacio que habitualmente suele dedicarse en los instrumentos públicos a justificar la representación, con el único objeto de abaratar su coste, y es por lo que no se requiere la transcripción completa del poder en la escritura, bastando con que se reseñen los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir.

Alguna duda vinieron a sembrar, sin embargo, otras *Resoluciones de la DG, de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002*, ya que se apartan de las declaraciones de la de 12 de abril y, en cierto modo, presentan contradicciones con la misma. En efecto, en estas Resoluciones solamente se alude, como en la Resolución de 12 de abril, al juicio notarial de suficiencia que debe dar el Notario, pero olvidan de aquella Resolución que también hay que hacer una reseña de las facultades representativas a efectos de calificación registral,

al considerar que dicha reseña viene a estar implícita en el propio juicio notarial de suficiencia y embebida en la propia denominación del acto de otorgamiento, con lo cual, como señala GARCÍA GARCÍA, se produce una grave confusión entre «reseña» y «juicio notarial de suficiencia», que son dos requisitos diferentes y no uno solo.

La doctrina de estas Resoluciones ha sido corregida en parte por la Resolución de 30 de septiembre de 2002, que, además de citar bastantes frases de la de 12 de abril, distingue perfectamente entre la reseña de los datos identificativos del documento fehaciente aportado por el representante o apoderado que se refieren a «un hecho», y el juicio de suficiencia de las facultades representativas, que es una «valoración», y como en todos los supuestos de decisión jurídica adoptada en el ámbito de la función pública, el Notario debe manifestar el fundamento del cual se deriva su juicio o conclusión, y este fundamento, expresado en la escritura, además de proporcionarle concreción y claridad, sirve de base al juicio de suficiencia emitido por el Notario bajo su responsabilidad y dotado de fehaciencia y valor por sí solo. Esa concreción, sigue diciendo la DG, puede hacerla el Notario a través de una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso o mediante una referencia a la esencia de tales facultades, lo mismo que la técnica notarial permite que los testimonios notariales sean literales o en relación. Así, por ejemplo, si el Notario ha comprobado que el apoderado está facultado para disponer de todo tipo de bienes a título oneroso o gratuito, será suficiente con que reseñe que está facultado para vender sin tener que copiar literalmente las facultades. Por estos motivos, admite en parte el recurso, aunque revoca de la nota de calificación del Registrador la exigencia de que se presente a calificación copia auténtica de la escritura de apoderamiento, habida cuenta que en la escritura calificada no se transcribe o inserta total o parcialmente ni se incorpora el documento que acredite la representación.

Para terminar este tema, hay que citar la *sentencia de 23 de enero de 2003* del Juzgado de Primera Instancia, número uno de Valladolid, sobre la que hay un interesante trabajo de VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD, en el número 91 —febrero-marzo— del *Boletín del Colegio de Registradores* de España, al que me remito y creo me excusa a extenderme más sobre este tema. Sólo apuntar que tanto en esta sentencia, como en otras posteriores de otros Juzgados que la vienen a ratificar, se insiste en la dualidad de exigencias del artículo 98 de la LA: a) Transcripción, indicación, referencia o relación de las facultades representativas del apoderado, y b) Juicio de suficiencia sobre el contenido concreto de la escritura que estaba autorizando.

Expuesto el criterio de las citadas resoluciones y sentencias, sobre la interpretación del artículo 98 de la LA, sigo ocupándome de los nuevos preceptos introducidos por dicha Ley de Acompañamiento en materia de calificación y recursos.

B) PLAZO PARA CALIFICAR

«El plazo máximo para calificar será de quince días...», como señala el nuevo párrafo segundo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, siguiendo la tónica general de la legislación hipotecaria (art. 109 RH), aunque nada se diga en este precepto, hay que entender que se trata de *días hábiles*. Así lo entiende también el Colegio de Registradores en las notas-comentarios a la Ley de Acompañamiento.

En cuanto al *cómputo de esos quince días*, se hacen varias distinciones en el artículo 18:

a) *Regla general:*

— *Desde la fecha del asiento de presentación.*

En los casos permitidos de *presentación de documentos por fax*, como para que sea efectiva dicha presentación, debe aportarse en plazo de diez días el documento original, no creo deban contarse los quince días desde la recepción del fax, sino desde la consolidación del asiento, y ello, no sólo por ese carácter provisional del asiento de presentación, sino porque el funcionario que autorizó el documento solamente manda un extracto del mismo, que difícilmente permite su calificación.

b) *Supuestos especiales:*

— *Si se retira el título: desde la fecha de la devolución.*

Como no se ha visto afectado por la reforma el artículo 427 del Reglamento Hipotecario, la retirada no tiene que expresar causa alguna, ya que el párrafo primero de dicho precepto permite al presentante retirar el título presentado «sin otra nota que la expresiva de haber sido presentado». Y teniendo en cuenta lo dispuesto en este mismo precepto reglamentario, es conveniente cumplir lo dispuesto en su último párrafo, esto es, que «siempre que el Registrador devuelva el título hará en él una indicación que contenga la fecha de presentación y extenderá nota al margen del asiento de presentación, expresiva de la devolución, firmada por el presentante o el interesado cuando el Registrador lo exigiere». La importancia de esta nota, en cuanto puede servir para interrumpir el plazo de quince días para calificar, aconseja solicitar, siempre, que dicha nota sea firmada por el presentante o el interesado que retire el título presentado.

— *Si el título tuviera defectos subsanables: desde la subsanación.*

Este supuesto supone, lógicamente, la existencia de una doble calificación. Una primera, dentro de los quince días de la presentación del título y en la que ya se observa, por ejemplo, que el documento no está liquidado, que es uno de los supuestos de retirada del título previstos en el artículo 427 del Reglamento Hipotecario, o que se ha advertido un defecto subsanable, como puede ser que no se ha aportado el testamento o la declaración de herederos junto con la escritura de partición hereditaria. Admitida por el interesado la falta de liquidación o, en su caso, el defecto primeramente alegado por el Registrador, el documento se volverá a presentar, una vez liquidado o subsanado, y, aunque el artículo 18 de la Ley Hipotecaria habla de contar el plazo «desde la subsanación», es lógico entender que el cómputo se hará a partir de la constancia en el Registro de dicha subsanación, esto es, desde la nueva presentación del título o documento liquidado o subsanado.

Aunque el artículo 18 habla solamente de defectos subsanables, entendemos con GARCÍA GARCÍA que también cabe contemplar por analogía los casos de defectos insubsanables, ya que junto a la subsanación de defectos, también cabe la rectificación, convalidación o nuevo otorgamiento en caso de defectos insubsanables (art. 253.3 LH).

En definitiva, este supuesto de tener el título presentado defectos, implicará siempre que se ha hecho su calificación y notificado el defecto advertido. Lo que no se puede admitir es prescindir de una primera nota de calificación, aunque sea tan simple como para pedir que se aporte un determinado documento, como pudiera ser un testamento o un poder; siendo rechazable un posible apunte a lápiz en la escritura o una llamada telefónica para solicitar que se aporte un documento necesario para poder despachar el título presentado. Por tanto, hay que desterrar este proceder, a pesar de las molestias que pueda ocasionar poner y notificar una nota de calificación, ya que, por muy bienintencionada que sea dicha práctica, siempre puede suponer un incumplimiento de la LA.

— *Si existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad: desde el despacho del título previo.*

Pensemos, por ejemplo, en la presentación de una escritura de hipoteca, estando presentada antes la escritura de compra de la finca que se hipoteca. En este caso, o en otro semejante, no se empezarán a contar los quince días para calificar la escritura de hipoteca hasta que no se despache el título anterior.

En cuanto a la actitud que estos casos puede adoptar el Registrador respecto al documento presentado en segundo lugar puede ser de simple aseso-

ramiento, bien indicando que no se puede calificar hasta que se despache el documento anterior o incluso manifestando posibles defectos advertidos por si los interesados deciden ir subsanándolos. De todos modos, se trataría de asesoramiento no vinculante, ya que la calificación definitiva exige despacho del título previo.

Problema común a los tres supuestos que acabamos de contemplar es el del plazo con que contará el Registrador para calificar, si se aporta el título retirado o subsanado o si se despacha el anterior, siempre dentro del plazo del asiento de presentación, pero faltando menos de quince días para su caducidad. Al no existir una norma expresa al respecto, GARCÍA GARCÍA acude como norma supletoria al artículo 97.2 del Reglamento Hipotecario, y entiende que el asiento de presentación se prorrogaría por plazo que no excediera de diez días. En este punto, discrepo del autor citado, y entiendo que el artículo 18 de la LH siempre concede al Registrador un plazo de quince días para calificar, por lo que la necesaria prórroga, en su caso, del asiento de presentación podría llegar a esos quince días. En este punto, prefiero acudir a una norma legal antes que a una reglamentaria, y ésta es también la opinión del Colegio de Registradores que, en las notas antes citadas, dice que *el Registrador siempre debe disponer de quince días para calificar los documentos*.

C) Plazo para despachar los documentos

Se trata de un tema que no resolvió la Ley de Acompañamiento de 2001, y respecto al cual el Colegio de Registradores en sus Notas señaló que, teniendo en cuenta que uno de los objetivos que persigue la reforma es el de la agilización del procedimiento registral mediante la rigurosa observancia de los plazos de calificación, es lógico que se aplique también el mismo plazo para el despacho del documento. Y ello, por la condición de inseparables o indivisibles que tienen la calificación y el despacho de los documentos bajo la responsabilidad profesional del Registrador territorialmente competente y lo poco favorable que sería romper ese binomio calificación-despacho, si sólo se observase el plazo de calificación de quince días y el despacho se pudiera hacer en plazos más dilatados. Entiende el Colegio que ese binomio calificación-despacho es imprescindible para el mantenimiento de la competencia territorial, a su vez esencial para el mantenimiento del significado y alcance de la calificación registral, pieza esencial del sistema. Por este motivo, terminan las Notas del Colegio diciendo que hay que reinterpretar el artículo 97 RH desde el nuevo artículo 18 LH.

No obstante esta opinión del Colegio, que parece mesurada y creo muy conveniente ajustarse a ella siempre que lo permitan las circunstancias, en un primer momento me permití manifestar alguna discordancia con la misma, al

creer que la nueva norma del artículo 18 de la LH se refiere solamente al plazo para calificar, al que no aludía ningún precepto en la legislación anterior, con lo que venía a llenar una laguna que la doctrina resolvía entendiendo que a la calificación serían aplicables las normas contenidas en el artículo 97 RH, del que resultaría que la calificación y despacho, según los supuestos previstos en dicha norma reglamentaria, debería hacerse en los plazos siguientes:

- normalmente, en el de quince días, contados a partir de la fecha que se indica en el artículo 97 según los distintos supuestos,
- si hay justa causa, en treinta días,
- y siempre, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación.

La postura razonable del Colegio de Registradores puede justificar una aplicación lo más restringida posible de los plazos del citado precepto, pero no impedir que, en casos muy concretos, puedan ser tenidos en cuenta para el despacho del documento, aunque lo que si quiero dejar muy claro es que *el artículo 97 sólo ha de entenderse referido ahora al plazo de despacho, pero nunca al de la calificación.*

En definitiva, que esa justa causa que permite contar con treinta días para la práctica del asiento, o la posibilidad de practicarlo siempre dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, no puede tenerse en cuenta en ningún caso para llevar a cabo la calificación, ya que ésta se rige, ahora, por lo dispuesto en los nuevos párrafos, ya comentados, del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Esto es, *nunca puede alegarse justa causa para calificar un documento más allá de los quince días* que, de manera terminante, señala el artículo 18 reformado de la Ley Hipotecaria, aunque, *en muy limitadas ocasiones, sí pueden tenerse en cuenta los plazos del artículo 97 del RH para el despacho de documentos.*

Esta primera opinión, que no vio la luz, al no pronunciarse la conferencia para la que en un primer momento estaba destinado este trabajo, tiene que ser matizada ahora, teniendo en cuenta la reforma introducida por el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, de lo que luego nos ocupamos. En efecto, en este Real Decreto se dice, en su Disposición Adicional segunda, que: *«El plazo máximo señalado en el párrafo segundo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria será para calificar e inscribir»*. Y digo que hay que matizar mi primera opinión, porque, a pesar de la opinión del Colegio de Registradores y de algunos autores, la Ley de Acompañamiento de 2001 no modificó el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, lo que sí se ha hecho ahora a través de la Disposición Adicional que acabo de citar, como lo prueba el hecho de que se diga en la Disposición Transitoria única de este

Real Decreto de 2003 que: *La calificación e inscripción de los títulos presentados en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, se regirá por la normativa vigente en el momento de su presentación*». No cabe duda que si el artículo 98 del RH se hubiera derogado por la Ley de Acompañamiento de 2001, sobrarían las dos Disposiciones citadas del Real Decreto de 1 de agosto de 2003. En consecuencia, mantengo mi primera opinión —tener en cuenta los plazos del art. 98 del RH—, aunque sólo para el despacho y no para la calificación de los documentos presentados antes de la entrada en vigor del Real Decreto de 2003, que se produjo el 3 de agosto de 2003 (día siguiente a su publicación en el *BOE*, conforme a la Disposición Final cuarta).

D) CONSECUENCIAS DE LA NO CALIFICACIÓN

Se prevén en el nuevo párrafo tercero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria:

«Si transcurrido el plazo máximo señalado en el párrafo anterior, no hubiera tenido lugar la calificación, el interesado podrá instar del Registrador ante quien se presentó el título que la lleve a cabo en el término improrrogable de tres días o la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de esta Ley».

• La primera consecuencia que se sigue de la no calificación dentro de plazo, es la posibilidad que se concede al interesado de optar por una de estas soluciones:

- a) *Pedir al Registrador, ante quien se presentó el título, que lo califique en el improrrogable plazo de tres días, calificación que de hacerse, como ya será fuera de plazo, llevará consigo como sanción una rebaja de honorarios, que luego veremos.*
- b) *Acudir para que lo califique al Registrador señalado en el cuadro de sustituciones del artículo 275 bis de la Ley Hipotecaria.*

Esta opción de poder acudir al Registrador sustituto, implica, como claramente se deduce del precepto que comentamos, una previa aptitud negativa del Registrador titular —la no calificación en plazo legal—, pero, en ningún caso, como señala la *Resolución del TDC, de 17 de junio de 2002*, que exista libertad de acudir a cualquier Registrador para que califique un título, antes de haberlo presentado ante el Registrador competente.

También el Real Decreto, varias veces citado, de 1 de agosto de 2003, señala en su preámbulo que: «Todos los sistemas legales, sean cuales sean sus

efectos y los requisitos exigidos a los diferentes títulos —tanto materiales como formales— susceptibles de inscripción, atribuyen a los Registros la característica de exclusividad territorial en todos los aspectos. De este modo, aseguran la independencia de las decisiones registrales —tanto más necesaria cuanto mayores sean los efectos del sistema registral— y consiguen proteger los intereses de terceros que no hayan sido parte en el acto o negocio de carácter privado que incorporan dichos títulos. Más adelante nos ocupamos de esta calificación por Registrador sustituto.

E) CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN FUERA DE PLAZO

Son las del nuevo párrafo cuarto del artículo 18 de la Ley Hipotecaria:

«La calificación realizada fuera de plazo por el Registrador titular producirá una reducción de aranceles de un 30 por 100, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador correspondiente».

- Teniendo en cuenta que se considera infracción muy grave, en el nuevo artículo 313 A), g), «La percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquéllos se rijan», parece correcto entender que esta reducción en un 30 por 100 de los derechos arancelarios se aplicará *de oficio*, sin que tenga que solicitarla el interesado. No desconozco, sin embargo, la existencia de opiniones discrepantes, que entienden que la rebaja debe ser solicitada por los interesados.

Y, en cuanto a la forma de practicarla, al no hablarse de ningún número concreto del arancel, sino de modo genérico de «reducción de aranceles», la reducción se aplicará *a la totalidad de la factura* que hubiera correspondido cobrar de no haber mediado el retraso. Esto es, se sumarán todos los conceptos minutados, y al resultado se le rebajará ese 30 por 100. Como es natural, el IVA también se aplicará sobre la minuta reducida.

F) CALIFICACIÓN POSITIVA

Se regula en el párrafo primero del nuevo artículo 19 bis de la LH:

«Si la calificación es positiva, el Registrador inscribirá y expresará en la nota de despacho, al pie del título, los datos identificadores del asiento, así como las afecciones o derechos cancelados con ocasión de su práctica. Si el estado registral de titularidad o cargas fuere discordante con el reflejado en el título, librárá nota simple informativa».

Como observaciones a esta norma tenemos que decir:

1.º La calificación positiva permite *practicar el asiento* que corresponda, y no sólo el de inscripción a que se alude por razones de simplificación.

2.º Se da nuevo formato a la *nota de despacho*, al pie del título, que ya no tendrá el contenido del artículo 253 de la Ley, al haber sido expresamente derogado en sus dos primeros párrafos por la Disposición Derogatoria única, uno bis de la Ley de Acompañamiento. Ahora, la nota de despacho tendrá el contenido del transcrito artículo 19 bis LH, en el que solamente se habla de datos identificadores del asiento y afecciones o derechos cancelados al practicar el asiento.

Bajo la expresión *datos identificadores*, es evidente que en la nota se indicará:

- que el título se ha calificado favorablemente y, por tanto, se considera inscribible,
- el derecho que se ha inscrito,
- la persona o personas a cuyo favor se ha inscrito y
- las demás circunstancias que el Registrador considere conveniente en orden al cumplimiento del deber general de información establecido en el artículo 10-6-2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3.º En cuanto a la *nota simple* que debe acompañar a la escritura, se suprime la necesidad de expedirla en todo caso, como exigía el párrafo segundo derogado del artículo 253 de la Ley, estableciéndose ahora que sólo se dará la nota, cuando haya discordancia entre el contenido del Registro y lo que expresa el título que se inscribe en el estado de titularidad o cargas. Entiendo que la discordancia en la titularidad no puede referirse a la persona que transmite o de quien proceden los bienes, ya que ello, por razones de tracto sucesivo, hubiera impedido la inscripción. Podría referirse, por ejemplo, a que la escritura dijese que la finca que se transmite la había adquirido el vendedor por herencia de su padre y, en el Registro constase que la hubiese comprado a otra persona. La simple discordancia en linderos, creo no requiere expedición de nota simple. Sí la exigirán, las posibles afecciones fiscales que se hagan constar en el asiento a que de lugar el documento despachado.

4.º Por último, y aunque no hay ningún precepto que establezca la necesidad de *notificar la calificación positiva*, dadas las consecuencias negativas que pueden seguirse de una calificación fuera de tiempo, será muy conveniente que haya constancia de que la calificación se ha practicado dentro del plazo previsto de quince días, aunque la inscripción pueda practicarse dentro de los plazos previstos en el artículo 98 del RH, antes de la entrada en vigor, como hemos visto antes, del Real Decreto de 1 de agosto de 2003. Para dicha constancia puede utilizarse una nota muy breve en el mismo Libro

Diario, en la que se diga: «Calificado positivamente» y, en su caso, «Calificado positivamente el documento a que se refiere este asiento, se procederá al despacho del mismo en los plazos indicados en el artículo 97 del Reglamento Hipotecario». En ambos casos, la nota debe fecharse y ser firmada por el Registrador. Una vez que se aplique el Real Decreto de 2003, no será necesario ninguna de estas notas.

Ahora bien, así como vamos a ver a continuación, la calificación negativa debe ser notificada, no hay ningún precepto que obligue a notificar al presente o interesado, ni al Notario o funcionario correspondiente esa calificación positiva, lo que se deducirá del despacho del documento.

G) CALIFICACIÓN NEGATIVA

Se ocupan de ella los párrafos segundo y siguientes del artículo 19 bis y concordantes de la Ley Hipotecaria, que paso a exponer y comentar:

1. Requisitos

«La calificación negativa, incluso cuando se trate de inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado, deberá ser firmada por el Registrador, y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente».

Esta norma se mueve en la línea de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que cita varias veces la Ley de Acompañamiento, y ello porque esa calificación negativa se equipara ahora a cualquier otro acto administrativo, por lo que:

- La calificación debe ser firmada por el Registrador, sin que pueda admitirse una simple nota escrita a lápiz en la carpeta de la escritura o una llamada telefónica.
- Deben constar en la misma las causas que impiden el despacho del documento, indicando si se trata de defectos subsanables o insubsanables.
- Habrá que motivar jurídicamente dichos defectos, lo que implicará la cita de los pertinentes preceptos legales de la jurisprudencia o doctrina en que se basen, debiendo ordenarse en hechos y fundamentos de derecho.

- También es fundamental la indicación de los medios de impugnación de la nota, órgano ante el que puede hacerse y plazo para interponer el recurso que corresponda.

Practicada la calificación negativa, denegatoria o suspensiva, se reflejará en una nota que deberá hacerse constar:

- Al margen del asiento de presentación.
- Al pie del título, de idéntico contenido que la nota anterior.
- Además, se copiará en documento aparte, a efectos de su notificación, si el presentante y el funcionario autorizante del título no fueren la misma persona, e incluso al interesado otorgante no presentante a los efectos de citado artículo 253-3 RH.

En cuanto a la nota al margen del asiento de presentación, aunque la regla general es que sea idéntica a la del título, parece admisible que pueda hacerse en documento o escrito aparte, como ya había admitido en alguna Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero, siempre, cumpliendo los requisitos que señala el artículo que comento. Al margen del asiento de presentación se pondría simplemente una referencia a la nota, que se archivaría en el legajo correspondiente para que estuviera siempre disponible.

En cuanto al modelo de nota que se propone, teniendo en cuenta las nuevas exigencias a que debe someterse, puede ser el siguiente:

DENEGADA (o **SUSPENDIDA**) la inscripción de este documento en base a los siguientes HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO:

HECHOS

- 1.º El precedente documento fue presentado el día... (retirado, en su caso, y aportado de nuevo).
- 2.º En dicho documento figuran algunas estipulaciones que impiden su acceso al Registro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- I. En la cláusula... se omite indicar que la vivienda que se trasmite no constituye la vivienda familiar (o no se manifiesta que la finca está libre de arrendatarios, o lo que sea), lo que se estima defecto SUBSANABLE, ya que se opone a lo dispuesto en el artículo... y a la Resolución de la DGRN de...
- II. No se aportan los documentos exigidos por la legislación hipotecaria (art. 205 LH y 298 del RH) para poder inmatricular la finca (o el exceso de cabida que se pretende).

III. La finca que se transmite figura inscrita a favor de persona distinta del vendedor (o del hipotecante, en su caso), lo que se estima defecto INSUBSANABLE conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

...

En virtud de los referidos Hechos y Fundamentos de Derecho, se acuerda SUSPENDER (o DENEGAR) la inscripción de este documento. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado (defecto subsanable) o por ser improcedente (defecto insubsanable).

Conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles a contar desde la fecha de la presente notificación.

Contra esta nota podrá interponerse *RECURSO GUBERNATIVO* ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de un mes desde su notificación, en la forma prevenida en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Alternativamente, también podrá solicitarse *NUEVA CALIFICACIÓN CONFORME AL CUADRO DE SUSTITUCIONES*, como permite el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, desarrollado por el Real Decreto de 1 de agosto de 2003.

(Registro, fecha y firma).

H) NOTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN NEGATIVA

La Ley de Acompañamiento ha abandonado la postura anterior de la Dirección General de los Registros y del Notariado, puesta de manifiesto en varias Resoluciones, de que eran los mismos presentante o interesado los que habían de comparecer en el Registro para que se les comunicasen los posibles defectos que afectasen al documento de su interés.

Ahora se mueve el legislador en la más pura línea de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, como se pone de manifiesto con la redacción que se da al nuevo artículo 322 de la Ley Hipotecaria en la LA:

«La calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al Notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido.

Dicha notificación se efectuará de conformidad con lo prevenido en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, será válida la notificación practicada, vía telemática, si

el interesado lo hubiera manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente.

Igualmente, deberá notificarse la calificación negativa de cláusulas concretas cuando se haya practicado la inscripción parcial en virtud de la solicitud del interesado. Del mismo modo deberá notificarse la negativa a practicar la inscripción de títulos no calificados en plazo.

A tal fin, se entenderá que es domicilio hábil a efecto de notificaciones el designado por el presentante al tiempo de la presentación, salvo que en el título se haya consignado otro a tal efecto. Respecto del Notario autorizante o de la autoridad judicial o funcionario que lo expidió, la notificación se practicará en su despacho, sede o dependencia administrativa».

Destacan en esta norma:

1.º La exigencia de una doble notificación. Al presentante y al Notario o autoridad judicial o administrativa que hayan autorizado o expedido el título cuya inscripción se pretende.

2.º La necesidad de acudir a uno de los medios de notificación de la Ley de Procedimiento Administrativo.

3.º El hecho de que la notificación también procede aunque se haya practicado la inscripción parcial, ya que no sólo se notificará la calificación negativa de todo el contenido del documento, sino de las cláusulas concretas del mismo, que se entiendan no pueden acceder al Registro.

Ahora bien, *¿el hecho de excluir el acceso al Registro de alguna cláusula en un documento significa siempre que estamos practicando una inscripción parcial?* En este punto, quiero hacer un inciso y referirme a la postura que he defendido en trabajo publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, para la que tuve en cuenta otro inédito de mi hijo, Manuel González-Meneses García-Valdecasas, esto es, que *no toda exclusión de alguna o algunas cláusulas de un documento pueda considerarse inscripción parcial*, que exija, en consecuencia, las notificaciones previstas en el artículo 322 de la LH.

Para entender esta postura, nada mejor que preguntarse qué se entiende por inscripción parcial; lo que nos obliga a considerar los posibles sistemas registrales existentes para ver en cuál se encuadra el nuestro. Al respecto, se suelen contraponer tres sistemas:

- El *sistema de transcripción* o incluso de simple depósito de títulos, propio del Registro francés, en el cual *el funcionario encargado de la llevanza del Registro se limita a transcribir literalmente el contenido íntegro del título presentado* o, incluso, simplemente a conservar una copia literal de cada título presentado.

- El *sistema de encasillado*, propio del Registro alemán, en el cual *el folio registral está compartimentado en una serie de casillas para contener una información completamente esquemática y estandarizada*, lo cual, por otra parte, es conforme con la idea de un sistema en el que sólo existe un elenco tasado legalmente de posibles situaciones jurídico-reales sobre las fincas.
- Y, por último, el *sistema de inscripción*, que sigue nuestra legislación hipotecaria, que ocupa una posición intermedia entre los otros dos. Según resulta fundamentalmente de los artículos 9 LH y 51 RH, *el Registrador toma o extracta una serie de datos del título presentado con los cuales redacta un texto que conocemos como «asiento registral»*, pero ello sin el esquematismo propio del sistema de encasillado, ya que, *en este sistema de inscripción no tienen que coincidir el contenido del asiento y el contenido del título presentado, al ser el asiento sólo un extracto de lo que, siendo inscribible, se contiene en el título presentado.*

Pues bien, si vemos que en el sistema de inscripción no todo lo contenido en el título accede al Registro, habrá que determinar qué es lo que no se registra, para lo que hay que tener en cuenta que *nuestra Ley pretende que el Registro de la Propiedad tenga por objeto únicamente el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*, como claramente se señala en el último inciso del artículo 51,6.^a RH, en el cual, después de decirnos que en la inscripción se debe hacer expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, se precisa que *«No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real»*.

En definitiva, *cuando el Registrador de la Propiedad determina lo que puede acceder al Registro del documento presentado, no está practicando una inscripción parcial, sino seleccionando aquello del título que configura el derecho contenido en el mismo*; lo que nos permite concluir diciendo que, *incluso en los casos en que la calificación del Registrador es favorable a la registración de un determinado título, siempre la inscripción del mismo tiene algo de «inscripción parcial», aunque no en el sentido de exclusión de parte del contenido del título, sino en el de extraer del mismo su parte jurídica-real, que será lo que accederá al asiento registral en el sistema de inscripción seguido por nuestro legislador, frente al sistema de transcripción que supondría la copia completa del título.*

A la vista de estos razonamientos, es por lo que puede sostenerse que no en todos los casos en que se excluye el acceso al Registro de alguna parte del contenido de un título nos encontramos propiamente ante una inscripción parcial, que oblige a cumplir todas las prescripciones de la nueva legislación.

La postura de la *DGRyN* es bastante clara al respecto, cuando dice, refiriéndose a las escrituras de préstamo hipotecario, que hay que diferenciar el doble efecto del contrato en que se contienen: *las relaciones obligatorias entre prestamista y prestatario, y la constitución de un derecho real sobre la finca*; de forma que, sin necesidad de cuestionar la validez de determinados pactos en el orden de las relaciones obligacionales entre prestamista y prestatario, es indudable que, tratándose de obligaciones y facultades meramente personales, no quedan alcanzadas en su cobertura por la garantía hipotecaria y carecen de las condiciones necesarias para acceder a los libros del Registro. Sólo salva la DG algunas cláusulas, cuando las mismas se hayan garantizado con la garantía indirecta del pacto de vencimiento anticipado, pero siempre que dichas estipulaciones, aún pretendidamente cubiertas con ese vencimiento anticipado, no incidan en algún principio de orden superior, como puede ser la libertad de contratación, que impediría el acceso al Registro de una prohibición de disponer o gravar, ya se pretenda imponer directamente o bien exigiendo el consentimiento del acreedor.

Y junto a esas cláusulas carentes de trascendencia real, puede haber otras previsiones en la misma escritura, como puede ser la *constitución de una fianza*, por el mismo deudor hipotecante o por terceras personas, sin que se nos pueda decir que se ha hecho una inscripción parcial de la hipoteca, por no aludir a dicha fianza en el asiento registral que recoge la escritura de hipoteca, ya que esa estipulación ha de considerarse irrelevante, desde el punto de vista hipotecario, al tratarse, simplemente, de una garantía personal superpuesta al derecho real de hipoteca. Lo mismo podemos decir de la *concesión de determinados poderes*, que suelen contenerse en las escrituras de hipoteca para subsanar defectos, por ejemplo, y, como es natural, excluyendo el que debe concederse en la escritura de constitución de hipoteca por el deudor para que lo represente, en su día, en la venta de la finca hipoteca, para poder ejercer el procedimiento ejecutivo extrajudicial (art. 234.1.º RH).

En consecuencia, *la exclusión del Registro de algunas estipulaciones contenidas en las escrituras de hipoteca no siempre tiene que ser considerada como inscripción parcial*, por lo que:

1.º *No se exige nota de calificación negativa* con todos los requisitos de la nueva normativa, *ni la notificación especial* al presentante o funcionario autorizante del documento.

2.º *No producirá la prórroga del asiento de presentación.*

3.º *No daría lugar a que pudiera instarse la calificación por sustituto.*

Nos encontramos, en definitiva, con una calificación positiva, a la que hemos de aplicar lo dispuesto en el artículo 19 bis, párrafo primero, que ya hemos expuesto antes, y del que ahora destaco que entre «...*los datos identificadores del asiento...*», *debemos señalar lo que no ha accedido al*

Registro para dar cumplimiento al deber general de información establecido en el artículo 10-6-2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Consecuente con esta postura que preconizo, y teniendo a la vista las escrituras de hipoteca que son las que más problemas pueden plantear, suelo utilizar esta o parecida fórmula *en la nota de despacho de las hipotecas al pie del documento y en el asiento de presentación del Diario:*

«Previo examen y calificación favorable del presente documento, por lo que resulta del mismo, de los documentos que le acompañan y del contenido del Registro, *he inscrito su derecho real de hipoteca* a favor de la entidad... al folio... del libro... de... La inscripción se ha practicado *teniendo en cuenta la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que configura dicha garantía, partiendo del doble efecto del contrato de hipoteca*, en el que, junto a la constitución de un derecho real sobre la finca, de eficacia *erga omnes*, se contienen relaciones entre prestamista y prestatario, que por su carácter meramente obligacional no puede cubrir la garantía hipotecaria, por lo que, sin cuestionar la validez de dichas relaciones entre prestamista y prestatario, y sin que ello implique inscripción parcial, no acceden al Registro del título que inscribo los pactos relativos a los extremos siguientes:...

Aquí indico los pactos que no acceden al Registro, sea porque la DGRN no los considera inscribibles, o por tratarse de pactos que nada tienen que ver con la hipoteca que se inscribe, como puede ser la constitución de una fianza o la concesión de un poder, salvo el aludido en el RH por el que el deudor faculta al acreedor para otorgar en su nombre la posible escritura de venta a que dé lugar la ejecución de la hipoteca.

Para facilitar el despacho de las escrituras de hipoteca, hago a los oficiales del Registro que las despachan las siguientes aclaraciones:

1.^a Los apartados que no se inscriban de la escritura, porque se estime sean algunos de los excluidos por la DGRyN, se harán constar simplemente tomándolos de una relación que tengo a la vista al calificar y pongo a disposición de dichos empleados, en la que las posibles estipulaciones afectadas vienen señaladas con letras. Como es lógico, en la nota de despacho no se citarán dichas letras, sino que se indicarán sólo los pactos o cláusulas que no se inscriban de la escritura, enumerados como 1.º..., 2.º..., 3.º..., etc. No creo necesario indicar cada apartado de la escritura que se excluya, ya que al copiar el contenido del texto que consta bajo la letra que se le ha dado al pacto en dicha relación, se sobreentiende a qué estipulación nos estamos refiriendo.

2.^a Después de relacionar los pactos, se hará constar en la nota, en su caso, si se ha cancelado por caducidad algún asiento —como puede ser una anotación de más de cuatro años, no prorrogada, o una afección fiscal—.

3.^a No se dirá nada de recursos, porque se parte de la idea de que no hay inscripción parcial, lo que evitará también, como ya dijimos antes, la notificación al presentante y al Notario autorizante de la escritura.

En cuanto a la relación que entrego a los oficiales del Registro, y que tengo a la vista al calificar las escrituras de hipoteca, es la que sigue:

«Relación de pactos que la Dirección General considera no inscribibles, en cuanto no configuran el derecho de hipoteca, por lo que su exclusión de cualquier hipoteca parece no implicaría inscripción parcial:

- a) La prohibición de enajenar, gravar o ser objeto de anotación o administración judicial la finca hipotecada (Resoluciones de 27-I-1986, 8-XI-1993 y 15-VII-1998).
- b) La obligación de asegurar la finca hipotecada, si no va respaldada con el pacto de vencimiento anticipado (Resoluciones de 20-V-1987 y 14-III-2000).
- c) La obligación de conservar en buen estado el bien hipotecado, salvo que se respalde con pacto de vencimiento anticipado (Resolución de 20-V-1987).
- d) El vencimiento anticipado por situaciones concursales, quiebra o suspensión de pagos (Resoluciones de 27-I-1986 y 5-VI-1997).
Respecto a este pacto, tengo que destacar que la *Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio*, dispone en el número 4 de su artículo 56 que: *«La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta»*, de forma más clara aún, señala en su artículo 61.3 que: *«Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes»*.
- e) El poner a cargo del deudor el pago de gastos extrahipotecarios, como los impuestos por la celebración del contrato de préstamo, los de inscripción, expedición de copia y cancelación en su día, especialmente, si no han sido asegurados con una hipoteca de seguridad (Resoluciones de 29 y 30-1 y 2-II-1998).
- f) La prohibición de arrendar, en general, o si no se precisa la cuantía o las condiciones del arrendamiento (Resolución de 24-IV-1992).
- g) El consentir que las segundas copias puedan tener virtualidad ejecutiva (20-V-1987).
- h) Los pactos meramente informativos que no recogen ningún elemento definidor del derecho de crédito garantizado ni del derecho real cuya inscripción se pretende, sino un mero resumen económico del coste global de la operación (varias Resoluciones de los años 1996 y 1997).

- i) La apropiación del bien hipotecado mediante una opción de compra condicionada al pago de unas obligaciones hipotecarias por encubrir un pacto comisorio no permitido por el Código Civil (Resoluciones de 5-V y 22-IX-1992).
 - j) El pacto de sumisión expresa a un determinado Tribunal para el caso de ejecución (Resolución de 10-IV-2000).
 - k) El establecer que la certificación bancaria sobre el saldo adeudado por el prestatario haga fe en juicio y fuera de él, en caso de hipoteca ordinaria que no sea la contemplada por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, al tratarse de un documento privado cuyo valor está prescrito legalmente por el Código Civil, Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo esta normativa carácter de *ius cogens* excluido de la autonomía privada (Resolución de 19-I-1996).
 - l) El vencimiento anticipado por no inscripción en cierto plazo, ya que puede suponer un fraude de ley que atenta a la calificación registral, por lo que resulta inoperante (STS de 22-X-1902)».
- ...

Como se puede apreciar, se indican las estipulaciones más frecuentes, sin que ello signifique la exclusión de otras posibles, que se indicarán en cada caso concreto y se irán incluyendo en la relación a medida que vayan apareciendo. No se puede olvidar que estamos en una fase de rodaje y que, de momento, solamente se están aportando ideas para tratar de dar flexibilidad al despacho de documentos en el Registro, sin que ello implique, en modo alguno, incumplimiento de la nueva normativa.

Y para terminar, dos observaciones sobre posible crítica a la postura que defiendo:

Primera: Que se están excluyendo cláusulas sin contar con el consentimiento de los interesados, lo que puede suponer cierta indefensión que propiciaría el recurso de queja previsto en el nuevo artículo 329 de la Ley Hipotecaria. Creo, sin embargo, que la práctica que propongo no está incluida en ninguno de los supuestos que, conforme al citado precepto permitirían aplicar SANCIONES o interponer RECURSO DE QUEJA. Más adelante me ocuparé de este recurso de queja.

Segunda: Que no sería factible interponer recurso gubernativo contra la nota en que se reflejase dicha inscripción, que no debe considerarse inscripción parcial sino adecuación de dicho asiento registral a la configuración que del mismo se hace legal y jurisprudencialmente.

Sin embargo, aunque en principio parece que no puede interponerse recurso contra esa nota que propongo, a través de otra vía *sí será posible la interposición de recurso gubernativo*. Esa otra vía sería que, efectivamente, el recurso *no se interpondría contra la nota de despacho en que*

indico lo excluido, sino contra una segunda nota que se pusiera si los interesados solicitasen expresamente la inscripción de alguna de las estipulaciones que he señalado como no inscritas. Para hacer esta afirmación, tengo en cuenta la doctrina de la Dirección General, que, a partir de una *Resolución de 17 de septiembre de 1968*, afirmó la posibilidad de volver a solicitar la inscripción en los libros registrales de algún pacto no inscrito, «...lo que podría tener lugar a través de una nueva presentación del título calificado y si se negare su ingreso en el Registro, habría aquél de devolverse con nota firmada, suficiente, que indicara la causa o motivo de la suspensión o denegación, y de esta forma sirviera de base para que las personas señaladas en el artículo 112 del Reglamento (hoy sería el 325 de la LH) pudieran interponer el correspondiente recurso gubernativo». En esta segunda nota, entiendo si tendrían que cumplirse todos los requisitos de la nueva normativa.

Cerrando el paréntesis o inciso que acabo de exponer sobre la inscripción parcial, sigo con los *requisitos de las notificaciones* de las calificaciones negativas, que, como señala el nuevo artículo 322 de la LH, se hará conforme a lo establecido en los artículos 58 y 59 de la *Ley 30/1992, de 26 de diciembre*, de PA, de los que resulta:

Artículo 58: «Notificación.

1. *Se notificarán a los interesados las Resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente.*

2. *Toda notificación deberá ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la Resolución, con indicación de si es o no definitiva en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.*

3. *Las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación, o interpongan el recurso procedente.*

4. *Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuanto menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente».*

Artículo 59: «Práctica de la notificación.

1. *Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.*

La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2. *En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar en que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.*

Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

3. *Para que la notificación se realice utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, indicando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material de acceso.*

4. *Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.*

5. *Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiere podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el “Boletín Oficial del Estado”, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar y el ámbito territorial del órgano que la dictó.*

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón

de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.

6. *La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirán a las notificaciones, surtiendo sus mismos efectos en los siguientes casos:*

- a) *Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada.*
- b) *Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medio de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos».*

El artículo siguiente a que se refiere este número 5, permite la publicación en lugar de la notificación, cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente, y sus requisitos serán los mismos exigidos para las notificaciones en el punto 2 del artículo 58.

Una vez que nos hemos provisto de la tarjeta que nos va a permitir utilizar la firma electrónica certificada, será este uno de los medios que preferentemente se podrán utilizar para verificar las notificaciones previstas en la LA. Y a este medio se aplicará lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 59 LPA. Con el envío se cumple la obligación de notificar, si se accede a la comunicación, a través del programa puede conseguirse acuse de recibo, y, si no se accede y pasan diez días, se entiende rechazada la notificación, entendiéndose efectuado el trámite y siguiendo adelante el procedimiento; lo que supondrá que, a partir del día 11, se procederá a prorrogar el asiento de presentación.

Por último, hay que terminar diciendo que, *en los casos en que no sea factible ninguno de los medios aludidos*, puede ser conveniente acudir a la remisión de la notificación por *correo con acuse de recibo*, que ofrece bastantes garantías. Y si se acude a la *publicación* en periódicos oficiales, parece suficiente con acudir al *Boletín Oficial de la Provincia*, dado el ámbito territorial del órgano que dicto la resolución a notificar.

Aunque puede ofrecer alguna duda, en aquellos casos en que el *mismo presentante acuda al Registro dentro de los plazos para calificar y notificar*

la posible calificación negativa (veinticinco días desde la presentación), *el hecho de recoger el documento calificado negativamente, en el que conste dicha calificación, podría entenderse como notificación a dicho presentante*, aunque, como es lógico, dicha recogida del documento para que produzca dicho efecto *debe reflejarse en el asiento de presentación y ser firmada por el que retira el documento*, con lo que se acreditaría la notificación de esa calificación negativa. *De no ser presentante el mismo Notario o funcionario que expidió el título, será necesario también practicar la notificación preceptiva a dichos funcionarios*, aunque ya esté notificado, por el medio indicado, el presentante del título.

A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 59 LPA (esto es, para tener constancia de las notificaciones efectuadas), sería conveniente abrir un legajo en el que guardar los justificantes de haber puesto y haberse recibido, en su caso, el fax o el otro medio que hubiera podido utilizarse para practicar la notificación.

En cuanto al *modelo de oficio para notificar defectos*, propongo el siguiente:

Don..., Registrador de la Propiedad de..., a don... (presentante del documento, Notario autorizante o magistrado que ordena un embargo, por ejemplo), habiéndose observado defectos en el documento por usted presentado a las ... horas del día... asiento... del Diario (si es a Notario, sustituir lo de presentado por «autorizado por usted con fecha... número... del Protocolo», y si es a otro funcionario o autoridad judicial, decir «por usted decretado o resuelto en... fecha...») y, como exige el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, *le notifico* que, al pie de dicho documento he puesto una nota de calificación del siguiente tenor literal «...» (se copiará literalmente dicha nota). Lo que le comunico para dar cumplimiento a lo exigido por el artículo 19 bis y concordantes de la Ley Hipotecaria (Registro, fecha y firma).

I) EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN NEGATIVA Y POSTURAS QUE PUEDEN ADOPTAR LOS AFECTADOS FRENTE A LA MISMA

a) *Prórroga del asiento de presentación*

Constituye novedad importante de la LA la prórroga prevista en el nuevo artículo 323 de la LH, al disponerse en el mismo que:

«Si la calificación fuere negativa o el Registrador denegare la práctica de la inscripción de los títulos no calificados en plazo, se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el

artículo anterior. De esta fecha se dejará constancia por nota al margen del asiento de presentación.

Vigente el asiento de presentación, el interesado o el Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiere expedido, podrán solicitar, dentro del plazo de sesenta días a que se refiere el párrafo anterior, que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria».

Se mueve esta norma en la línea que apuntábamos al principio, esto es, se trata de otorgar más garantías a los interesados en el procedimiento registral, tanto a través de esa prórroga automática como de la posible solicitud de la anotación preventiva. No obstante, hemos de reconocer que el tema de la prórroga automática del asiento de presentación por plazo de sesenta días, es uno de los que más problemas puede plantear en la práctica registral, en cuanto puede producir un importante retraso en el despacho de los documentos. Por eso, hay que buscar soluciones que impidan actúe esa prórroga automática. ¿Renuncia a la prórroga? ¿No considerar inscripción parcial aquélla que excluya cláusulas cuyo acceso al Registro no admite la Dirección General? Es mi postura respecto a las hipotecas, que expuse antes. ¿Posible solicitud expresa de que sólo se inscriban determinadas cláusulas, lo que evitaría calificar y, en su caso, denegar o excluir la inscripción de las no solicitadas? Es lo que puede ocurrir si, conteniéndose en un documento operaciones sobre varias fincas, sólo se solicita la inscripción de la relativa a una de ellas.

b) *Postura de los interesados frente a la calificación negativa*

Se contemplan en el párrafo tercero del nuevo artículo 19 bis de la LH:

«Si el Registrador, en cumplimiento de sus obligaciones y dentro del plazo establecido, califica negativamente, total o parcialmente, el interesado podrá recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o bien instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de esta ley».

Constituye novedad lo dispuesto en el artículo 2.3 del Real Decreto de 1 de agosto de 2003, ya que prevé la posibilidad de acudir a una segunda calificación por otro Registrador sustituto, al disponer que: *«En el caso de que se produzca calificación desestimatoria del Registrador sustituto, podrá el interesado optar por instar otra nueva calificación conforme al cuadro de sustituciones, o bien, recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado la calificación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. De medidas fiscales, administrativas y de orden social».*

El artículo 4.3.c) del mismo Real Decreto se ocupa de este supuesto, como luego veremos, al regular el sistema de sustituciones.

Veamos cada una de estas posibilidades, aunque invirtiendo el orden del precepto, al considerar como una instancia intermedia el poder acudir a Registrador sustituto:

1.^a *Calificación por Registrador sustituto*

Entre las importantes novedades que se contienen en la Ley de Acompañamiento de 2001, se encuentra la posibilidad de acudir a Registrador sustituto para que éste pueda calificar documentos de la competencia territorial de otro Registrador. Se trata de una solución que podemos considerar intermedia, a la que se ha llegado para evitar situaciones de falta de atención al Registro —no calificación en plazo— o para simplificar trámites y recursos, al permitir, a modo de una instancia intermedia, que un Registrador pueda estimar inscribible un documento rechazado por otro Registrador —calificación negativa—.

En efecto, aunque el párrafo tercero del artículo 19 bis de la LH sólo se refiere al supuesto de calificación negativa, total o parcial, son dos los supuestos en que se permite a los interesados instar esta calificación por sustituto:

1.º El que prevé el nuevo párrafo tercero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que ya citamos antes, al disponer que:

«Si transcurrido el plazo máximo señalado en el párrafo anterior, no hubiera tenido lugar la calificación, el interesado podrá instar del Registrador, ante quien se presentó el título, que la lleve a cabo en el término improrrogable de tres días o la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de esta Ley».

2.º El caso de calificación negativa, total o parcial, del nuevo artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, expuesto antes, y en el que se permite como alternativa a la interposición de recurso gubernativo.

El Real Decreto de 1 de agosto de 2003, se refiere a los dos supuestos, al disponer, en su artículo 1.º que: *«Este Real Decreto tiene por objeto regular el procedimiento para el ejercicio del derecho reconocido a los interesados para instar la intervención de un Registrador sustituto cuando el Registrador competente no califique el título correspondiente en el plazo máximo legalmente establecido o lo califique negativamente».*

Lo primero a señalar, a la vista de estos preceptos, es que esta calificación por Registrador sustituto implica siempre una previa actitud negativa del Registrador a quien se va a sustituir, sea que no ha efectuado la calificación

en plazo legal o sea que haya emitido una calificación negativa, pero, de ningún modo implica la posibilidad de libre elección de Registrador para la calificación.

En efecto, la *calificación por Registrador sustituto no supone que el legislador haya querido implantar el sistema de libre competencia*, como ha puesto de manifiesto el *Tribunal de Defensa de la Competencia*, en su importante Resolución de 17 de junio de 2002, en la que señala que no ha sido voluntad del legislador introducir el sistema de competencia en el sistema registral español, como se pone de manifiesto al no haber suprimido el *principio de territorialidad*, por el cual las inscripciones han de hacerse en el Registro de la Propiedad en cuya circunscripción radiquen los inmuebles o en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio del sujeto inscribible (arts. 1 LH y 17 RRM), y al *no separar las funciones de calificación e inscripción*, que siguen siendo indisolubles y no han sido separadas en las reformas que la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, introduce en la LH, ya que en esta LA ni se ha producido la reforma de tal principio ni se alude a su modificación en modo alguno, porque, realmente, no se pretendía llegar a ese extremo. Y si no se pretende establecer la libre competencia en materia registral, al permitir que pueda acudir a Registrador sustituto en los casos previstos, entiendo que la introducción de esta posibilidad está en la línea apuntada al principio, esto es, se trata de dar agilidad al procedimiento registral al introducirse una especie de *instancia intermedia*, antes de llegar al recurso gubernativo. Esta Resolución del TDC ha sido confirmada por otra de la DGRN de 4 de julio de 2002. En el mismo sentido, el *preámbulo del Real Decreto de 1 de agosto de 2003*, después de señalar, como vimos antes, que todos los sistemas registrales... atribuyen a los Registros la característica de exclusividad territorial en todos los aspectos, lo que asegura la independencia de las decisiones registrales, pone de manifiesto que: «*La exclusividad territorial y la independencia registral que proporciona, pueden generar, sin embargo, efectos colaterales no deseados. Por un lado, la posibilidad de que las operaciones registrales se retrasen indebidamente. Por otro lado, la posibilidad de que la protección de terceros —que, no olvidemos, somos todos— se consiga, ocasionalmente, con un rigor excesivo para los intereses de las partes*». Y se sigue manifestando que: «*Para evitar estos peligros, la solución aplicada durante más de un siglo en España se ha basado en la posibilidad de que los interesados pudieran instar, bien la apertura de un expediente sancionador en caso de retraso, bien, en caso de calificaciones desestimatorias, un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual debía resolver la discrepancia*. Por último, en el párrafo siguiente, se indica cuál es el *fundamento de las reformas* introducidas por la Ley de Acompañamiento del 2001, en estos términos: «*Por razones diversas, que no viene al caso analizar aquí, la vía del recurso ante la Dirección*

General de los Registros y del Notariado se ha demostrado —especialmente en los últimos tiempos— menos eficaz de lo que demandan las actuales necesidades del tráfico jurídico. Por este motivo, la Ley 24/2001 no sólo ha reformado el recurso contra la calificación registral, y acortado los plazos para calificar, sino que ha establecido la posibilidad de que, tanto en el supuesto de incumplimiento del plazo de calificación, como en el de calificación desestimatoria dentro de plazo, los interesados pueden instar la aplicación de un cuadro de sustituciones establecido al efecto».

Precisamente, queda bien patente en esta LA que se mantiene la indisolubilidad entre calificación e inscripción, el binomio calificación-despacho, como se desprende de la regulación que se hace en el nuevo artículo 19 bis de la LH de esta calificación por sustituto, ya que la misma pone de manifiesto que es el Registrador sustituto no sólo el que califica, sino el que inscribe el título positivamente calificado, como se deduce de varias de las reglas que se contienen en el artículo 19 bis que vamos a exponer a continuación, como la tercera, en que se dice que, *si el Registrador sustituto calificara positivamente el título,... ordenará al Registrador sustituido que extienda el asiento solicitado, remitiéndole el texto comprensivo en los términos en que deba practicarse aquél...». Esto es, el Registrador sustituto califica el título y ordena su inscripción conforme al texto que remite.*

Antes de exponer las reglas que regulan la actuación del Registrador sustituto, es necesario tener en cuenta algunas normas del Real Decreto de 1 de agosto de 2003, en las que se determina el *Registrador ante quien se puede solicitar esa calificación sustitutiva*. De los artículos 2, 3, 5 y 6.1 del citado Real Decreto, se deduce que la instancia puede hacerse ante el Registrador al que se presente el título, ante el que lo califique o ante el propio Registrador sustituto. Como también se da entrada al Colegio de Registradores en esta instancia, deben tenerse en cuenta las *normas orientativas* que, con carácter provisional, nos ha remitido el Vicedecano de dicho Colegio, don JUAN SEGOVIANO:

1.º El Registrador ante quien se presentó el título o el Registrador calificador (registrado sustituido) (arts. 2, 3 y 5) al solicitársele la intervención de Registrador sustituto, lo comunicará así al Colegio, remitiendo al mismo copia de la petición del interesado, con especificación del día y la hora de su recepción y del título que va a ser objeto de calificación sustitutoria, así como copia del escrito en el que por el Registrador sustituido se indique al interesado el Registro a cuyo titular corresponde actuar según el cuadro de sustituciones (art. 5.1). El Colegio confirmará la indicación de sustituto hecha por el Registrador sustituido, comunicándolo de inmediato a este último por correo electrónico o fax. Caso de que no proceda la confirmación de dicha asignación, con arreglo a las normas reguladoras del cuadro de sustituciones, el Colegio lo comunicará igualmente al Registrador sustituido con indicación

del Registrador sustituto a quien efectivamente corresponda la actuación. El Registrador sustituido notificará a su vez al interesado tal circunstancia, rectificando la anterior información ofrecida.

2.º El Registrador ante quien se solicite su intervención como Registrador sustituto mediante la presentación de la oportuna documentación (art. 6.1), lo comunicará al Colegio, quien de inmediato confirmará por fax o correo electrónico su competencia como tal Registrador sustituto o, en otro caso, le notificará la incompetencia, en razón al carácter rotatorio del cuadro de sustituciones, con indicación expresa del Registrador sustituto concreto al que corresponda calificar. En este último supuesto, el Registrador sustituto, indebidamente requerido por el interesado, comunicará a éste la circunstancia de su no idoneidad, poniendo a su disposición la documentación entregada y una copia de la notificación del Colegio.

Entrando ya en el *procedimiento para la intervención de Registrador sustituto*, una vez determinado a quien le corresponda por los medios que acabamos de ver, se tendrán en cuenta las normas del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria con el complemento de las contenidas en el Real Decreto de 1 de agosto de 2003, que son las siguientes:

1.ª El interesado deberá ejercitar su derecho en los quince días siguientes a la notificación de la calificación negativa, durante la vigencia del asiento de presentación, mediante la aportación al Registrador sustituto del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria, añadiendo el Real Decreto, o de su original, que tendrá derecho a retirar del Registro donde se hubiera presentado.

2.ª El Registrador sustituto deberá notificarlo al Registrador sustituido en el mismo día de su recepción, o el hábil siguiente, al domicilio, fax o dirección de correo electrónico del Registro, solicitando al mismo tiempo de aquél la información registral completa necesaria para el adecuado ejercicio de la función calificadora.

3.ª El Registrador sustituido hará constar dicha comunicación en el mismo día de su recepción o el siguiente hábil, por nota al margen del asiento de presentación, indicando que se ha ejercitado el derecho a solicitar la calificación de los títulos a un Registrador de los incluidos en el cuadro de sustituciones, la identidad de éste y el Registro de que sea titular (esto se reitera en la regla 5 del art. 6 del Real Decreto de 1 de agosto de 2003). A partir de la fecha de recepción de la comunicación referida, el Registrador sustituido deberá suministrar al Registrador sustituto la información el mismo día de la recepción de la solicitud o el día hábil siguiente. Durante los diez días siguientes a la recepción de la comunicación, el Registrador sustituido seguirá informando, de forma gratuita y continuada, sobre cualquier circunstancia que pudiera afectar al despacho del asiento solicitado.

A estos efectos, en el supuesto de calificación fuera de plazo, el Registrador sustituido deberá entregar gratuitamente al interesado, en el mismo día en el que se le presente a retirarlo o en el día hábil siguiente, el testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la obligación del Registrador sustituido de suministrar, transcurrido el plazo señalado, cualquier otra información registral que pudieran afectar al despacho del asiento solicitado.

4.^a El Registrador sustituto deberá expedir recibo de la documentación presentada por el interesado, si lo solicitase, y calificar en el plazo máximo de quince días a contar desde la fecha de aportación completa de la documentación correspondiente.

5.^a El Registrador sustituido únicamente podrá trasladar su oposición a que el Registrador sustituto atienda la petición del interesado cuando el título cuya calificación se pretende hubiere sido ya objeto de inscripción.

A continuación, se ocupa el Real Decreto de la calificación estimatoria y de la desestimatoria del Registrador sustituto en los artículos 7 y 8, en estos términos:

Artículo 7. Calificación estimatoria del Registrador sustituto.

«1. Si la calificación solicitada fuese estimatoria, el Registrador sustituto comunicará la autorización de la operación al Registrador sustituido, adjuntando el texto comprensivo de la minuta del asiento y la documentación recibida, de la que conservará una copia para su propio archivo.

2. El Registrador sustituido deberá, en todo caso, practicar la operación registral solicitada en el plazo de tres días hábiles desde la recepción de la documentación correspondiente, dejando constancia en el asiento de la identidad del Registrador sustituto y del Registro de que sea titular.

La Dirección General de los Registros y del Notariado podrá, a solicitud del Registrador sustituido, prorrogar este plazo quince días cuando aprecie una causa justa. La solicitud de la prórroga se cursará por vía electrónica o telemática dentro de los dos primeros días del plazo.

3. Practicado el asiento, el Registrador sustituido comunicará esta circunstancia al Registrador sustituto y devolverá el título al interesado, con nota al pie de aquél en los términos previstos en la legislación hipotecaria».

Se desarrolla en este artículo lo establecido en la regla 3.^a del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

Artículo 8. *Calificación desestimatoria del Registrador sustituto.*

«1. Cuando el Registrador sustituto desestime la pretensión solicitada, formulará su calificación desestimatoria, sea suspensiva o denegatoria, y deberá:

- a) Devolver a los interesados el título y la documentación complementaria aportada.
- b) Comunicar la desestimación al Registrador sustituido en el supuesto de falta de calificación en plazo, con objeto de que extienda las oportunas notas de calificación al margen del asiento de presentación del título.

2. Cuando el Registrador sustituto confirmase parcialmente la calificación desestimatoria, podrá autorizar la inscripción, también parcial, del título, si mediara el consentimiento de los interesados».

Se desarrollan en este precepto las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

El artículo 9 del Real Decreto se ocupa del reparto del Arancel, desarrollando la regla 6.^a del 19 bis de la Ley Hipotecaria, en estos términos:

Artículo 9. *Aranceles.*

«1. Los aranceles devengados como consecuencia de la práctica del asiento se distribuirán al 50 por 100 entre los Registradores sustituto y sustituido.

2. La calificación realizada fuera de plazo producirá una reducción de un 30 por 100 en los aranceles, que correrá exclusivamente a cargo de los honorarios del Registrador sustituido. Así, el Registrador sustituto percibirá el 50 por 100 y el Registrador sustituido el 20 por 100.

3. Los derechos arancelarios serán abonados en la parte correspondiente a cada Registrador, conforme a la minuta que formule. Corresponderá al Registrador sustituto formular por los aranceles que le correspondan la minuta bajo su responsabilidad, y lo mismo al Registrador sustituto por los suyos».

Se ocupa, por último, el artículo 10 del Real Decreto, como la regla 7.^a del artículo 19 de la Ley Hipotecaria, de las

Comunicaciones entre Registros.

«Las comunicaciones y remisiones que deban hacerse conforme a las reglas precedentes, se realizarán por correo, fax, correo electrónico o cual-

quier otro medio telemático que permita tener constancia tanto de su emisión como de su recepción por los medios técnicos apropiados».

Por último, en cuanto al *cuadro de sustituciones*, la Ley de Acompañamiento se limitó a decir en el nuevo artículo 275 de la Ley Hipotecaria que:

«La Dirección General de los Registros y del Notariado designará, en la forma que reglamentariamente se determine, un cuadro de sustituciones en virtud del cual uno o varios Registradores que sirvan un Registro de la Propiedad puedan calificar y despachar documentos correspondientes a otros Registros.

Dicho cuadro podrá incluir Registradores de la misma provincia o de provincias limítrofes sin que en ningún caso puedan tener estas sustituciones carácter recíproco».

La *Resolución de la DG*, antes citada, de 4 de julio de 2002, resolvió la situación transitoria hasta que se elaborase el específico dicho cuadro de sustituciones, diciendo que *«...lo procedente es aplicar el cuadro de sustituciones aprobado por Resolución de esta DG, de fecha 29 de octubre de 1984, con sus modificaciones posteriores, pero haciéndolo de manera rotatoria y sucesiva, para que se vayan alternando los Registradores que puedan calificar y despachar los documentos correspondientes. Así, si en un determinado caso un usuario solicita la intervención del Registrador sustituto por retraso o disconformidad con la calificación negativa, tendrá que acudir, en primer lugar, al primer Registrador del cuadro, el siguiente acudirá al segundo, el siguiente acudirá al tercero, el siguiente otra vez al primero y así sucesivamente».*

Estos criterios se señalan en el artículo 4 del Real Decreto de 1 de agosto de 2003, en que se dice, bajo el enunciado *Sistema de sustituciones*:

1. *El régimen de sustituciones de los Registradores se realizará de forma rotatoria, de manera que la primera solicitud para la intervención del Registrador sustituto será sustanciada por el Registrador que figure en primer lugar en el cuadro de sustituciones correspondiente al Registrador sustituto; la siguiente, por el que figure en segundo lugar, y así sucesivamente.*

2. *Si el Registro señalado como sustituto estuviera vacante o su Registrador titular hubiera comunicado una ausencia reglamentaria o hubiese obtenido una licencia, las obligaciones del Registrador sustituto recaerán sobre el Registrador interino o accidental correspondiente.*

3. *La aplicación del cuadro de sustituciones deberá respetar las siguientes especialidades:*

- a) *La rotación se realizará respecto del Registrador que no haya calificado o haya calificado negativamente.*

- b) *Se entenderá por Registrador sustituido aquel ante el que se presentó el título y que no calificó en plazo o que calificó negativamente.*
- c) *En el caso del apartado 3 del artículo 2, las comunicaciones que el Registrador sustituto debe realizar al Registrador sustituido deberán realizarse a los dos Registradores precedentes.*

Se trata en este apartado c) del supuesto que permite acudir a una nueva calificación por otro Registrador sustituto, que vimos regula el artículo 2.3 del Real Decreto, para el caso en que, habiéndose acudido a Registrador sustituto, éste produzca calificación desestimatoria.

Teniendo en cuenta los criterios anteriores, en la Disposición Adicional primera del Real Decreto de 1 de agosto de 2003, se dispone que:

1. *La Dirección General de los Registros y del Notariado elaborará un cuadro de sustituciones conforme a lo previsto en el artículo 4, y respetará, en todo caso, los siguientes requisitos:*

- a) *Tendrá carácter rotatorio y no recíproco.*
- b) *Contendrá, por cada Registrador competente, seis Registradores sustitutos de la misma provincia o provincias limítrofes, sin que en ningún caso puedan pertenecer a la misma localidad o plaza donde esté radicado el Registrador sustituido.*

2. *El cuadro de sustituciones será objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y se modificará cuando lo haga la demarcación.*

En la actualidad ya ha sido aprobado dicho cuadro y publicado en el «BOE», por lo que habrá que atenerse al mismo.

2.^a *Recurso gubernativo y otros previstos en la ley*

- a) *Recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado*

Se regula en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

1. *Interposición:* Dispone el artículo 324:

«Contra la calificación negativa del Registrador, se podrá interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes.

Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónomo-

ma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».

Comentando este precepto, vemos que se ha suprimido la instancia intermedia ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma, ya que, desde la reforma, dicho Tribunal sólo entenderá del recurso cuando el mismo verse sobre temas de Derecho Foral, propios de la Comunidad en que esté demarcado el Registro de la Propiedad y si así se atribuye en los Estatutos de Autonomía de dicha Comunidad Autónoma.

Por tanto, la regla general es que se ha suprimido esta instancia intermedia.

2. *Legitimación para interponer el recurso:* conforme al artículo 325

«Estarán legitimados para interponer este recurso:

- a) *La persona natural o jurídica a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto, y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos y otros para tal objeto; el defecto o falta de acreditación de la representación se podrá subsanar en el plazo que habrá de concederse para ello, no superior a diez días, salvo que las circunstancias del caso así lo requieran.*
- b) *El Notario autorizante o aquél en cuya sustitución se autorice el título, en todo caso.*
- c) *La autoridad judicial o funcionario competente de quien provenga la ejecutoria, mandamiento o el título presentado.*
- d) *El Ministerio Fiscal, cuando la calificación se refiera a documentos expedidos por las autoridades judiciales en el seno de los procesos civiles o penales en los que deba ser parte con arreglo a las leyes, todo ello sin perjuicio de la legitimación de quienes ostenten la condición de interesados conforme a lo dispuesto en este número.*

La subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación, no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso».

En su comentario, vemos:

- Es parecida a la regulación anterior lo relativo a la legitimación para interponer el recurso, destacando que puede concederse un plazo no superior a diez días para acreditar la representación alegada.

- La subsanación de defectos alegados por el Registrador no impide interponer el recurso, incluso por parte del que los subsanó. Este derecho sólo se reconocía antes al Notario, con el que se conocía como recurso a efectos doctrinales. Con la reforma hay que admitir que el Notario pueda interponer también el recurso, aunque no sea solamente a efectos doctrinales. Luego veremos la forma de proceder si, subsanados los defectos, se hubiera practicado la inscripción.

3. *Objeto del recurso, plazo de interposición y tramitación:* El artículo 326 señala que:

«El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.»

El plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de la notificación de la calificación.

El escrito del recurso deberá expresar, al menos:

- a) El órgano al que se dirige el recurso.*
- b) El nombre y apellidos del recurrente y, en su caso, cargo y destino del mismo.*
- c) La calificación que se recurre, con expresión del documento objeto de la misma y de los hechos y fundamentos de derecho.*
- d) Lugar, fecha y firma del recurrente y, en su caso, identificación del medio y del lugar que se señale a efectos de notificaciones.*
- e) En el supuesto de presentación en los términos previstos en el artículo 327, párrafo tercero de la presente ley, deberá constar el domicilio del Registro, donde se recurre la calificación del Registrador, a los efectos de que sea inmediatamente remitido por el órgano que lo ha recibido a dicho Registro.*

El cómputo de los plazos a los que se refiere el presente capítulo se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Por su parte, el artículo 327 dice:

«El recurso se presentará en el Registro que calificó para la Dirección General de los Registros y del Notariado, debiéndose acompañar a aquél el título objeto de la calificación, en original o por testimonio, y una copia de la calificación efectuada.»

Al recibir el recurso, el titular del Registro que calificó deberá expedir recibo acreditativo con expresión de la fecha de presentación del mismo o, en su caso, sellar la copia que le presente el recurrente, con idéntico contenido.

Asimismo, podrá presentarse en los Registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o en cualquier Registro de la Propiedad, para que sea inmediatamente remitido al Registrador cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre. Al recibirse el recurso en este último, deberá procederse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior.

A efectos de la prórroga del asiento de presentación se entenderá como fecha de interposición del recurso la de su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre.

Si no hubiera recurrido el Notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que expidió el título, el Registrador, en el plazo de cinco días, deberá trasladar a éstos el recurso para que, en los cinco días siguientes a contar desde su recepción, realicen las alegaciones que consideren oportunas».

Se añade en la Disposición Adicional decimocuarta de la LA, de 30 de diciembre de 2002, al párrafo quinto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, lo siguiente: *Igualmente lo trasladará a los titulares cuyos derechos consten presentados, inscritos, anotados o por nota al margen en el Registro y que puedan resultar perjudicados por la Resolución que recaiga en su día. Cuando la nota desestimatoria se funde en la falta u omisión de una licencia o autorización de cualquier autoridad u organismo público o de la falta u omisión del consentimiento de una persona física o jurídica, el Registrador les notificará la interposición, en su caso, del recurso.*

Con esta nueva norma, quiere ampliar el legislador el ámbito del recurso a todas aquellas personas que puedan resultar afectados por el mismo, sean titulares de otros derechos, autoridades u organismo que debieran prestar licencias o autorizaciones, o personas físicas o jurídicas que omitan consentimientos.

Después de estas notificaciones, se ocupa la LH de las posibles actuaciones del Registrador cuya nota ha sido recurrida en estos términos:

«El Registrador que realizó la calificación podrá, a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas, rectificar la calificación en los cinco días siguientes a que hayan tenido entrada en el Registro los citados escritos, accediendo a su inscripción en todo o en parte, en los términos solicitados, debiendo comunicar su decisión al recurrente y, en su caso, al Notario, autoridad judicial o funcionario en los diez días siguientes a contar desde que realizara la inscripción.

Si mantuviera la calificación formará expediente conteniendo el título calificado, la calificación efectuada, el recurso, su informe y, en su caso, las alegaciones del Notario, autoridad judicial o funcionario no recurrente y las demás personas que las hubieren formulado de acuerdo con lo dispuesto en el número anterior, remitiéndolo, bajo su responsabilidad, a la Dirección General de los Registros y del Notariado en el inexcusable plazo de cinco días contados desde el siguiente al que hubiera concluido el plazo indicado en el número anterior.

La falta de emisión en plazo de los informes previstos en este precepto no impedirá la continuación del procedimiento hasta su resolución, sin perjuicio de la responsabilidad a que ello pudiera dar lugar.

La Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, contados desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá desestimado el recurso, quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar.

Publicada en el “Boletín Oficial del Estado” la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los Registros mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquella, una vez firme, será publicada del mismo modo.

Habiéndose estimado el recurso, el Registrador practicará la inscripción en los términos que resulten de la Resolución.

Si se hubieran inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos expresados en la calificación, la rectificación del asiento precisará el consentimiento del titular del derecho inscrito y surtirá sus efectos sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Resaltamos de la nueva regulación de la tramitación del recurso gubernativo:

- Hay un mes para interponerlo y que puede hacerse no sólo ante el Registrador que calificó, sino en los Registros y oficinas aludidos en el artículo 38.4 de la citada Ley 30/1992, o en cualquier Registro de la Propiedad para que sea remitido al titular que calificó.
- La Dirección General deberá resolver y notificar en el plazo de tres meses desde que tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre, y que transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la posible responsabilidad disciplinaria.
- El último párrafo del artículo 327 responde a la posibilidad de interponer recurso el mismo interesado que haya subsanado algún defecto que haya permitido la inscripción, ya que, a pesar de haber subsanado el

defecto, puede entender que no era procedente dicha subsanación. Pues bien, si la Dirección General le da la razón en su Resolución, puede interesarle que se rectifique el asiento, pero para ello se exige que el titular registral preste su consentimiento. También puede darse este supuesto de rectificación cuando hubiere sido el Notario que autorizó el documento el que interpuso el recurso, o la autoridad judicial o funcionario que lo expidió.

- El nuevo régimen será de aplicación a los recursos interpuestos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Acompañamiento, según se dispone en su decimonovena Disposición Transitoria, al disponer que: *«El régimen previsto en esta Ley para el recurso gubernativo será de aplicación a los recursos interpuestos con posterioridad a su entrada en vigor»*, esto es, a partir del 1 de enero de 2002.

Esta norma puede plantear problemas cuando el recurso se pretenda interponer contra notas puestas en documentos presentados antes de la entrada en vigor de la LA, entre otras razones porque el plazo de interposición era más largo en la legislación anterior, lo que parece permitir que, aunque se interponga dentro de los tres meses que prescribía el derogado RH, no podrá ser rechazado por extemporáneo, aunque se haya interpuesto después de entrada en vigor la LA. De todos modos, la tramitación sí deberá ajustarse a la nueva normativa.

b) Recurso ante los órganos del orden jurisdiccional civil

Se trata de uno de los extremos más destacados de la reforma, y con él, se viene a dar la razón a los autores que lo entendían una exigencia constitucional. Se contempla en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual:

«Las Resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de recurso contra la calificación de los Registradores, serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

La demanda deberá interponerse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución practicada al interesado o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de un año desde la fecha de interposición del recurso gubernativo ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble y, en su caso, los de Ceuta y Melilla.

Están legitimados para la interposición de la misma los que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. A este fin, recibido el expediente, el Tribunal comprobará a la vista de cuantos

aparezcan como interesados en el mismo, especialmente en el apartado quinto del artículo anterior, y les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días.

Como novedad de la reforma de 2002, se introduce un nuevo párrafo cuarto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual: “*Cuando la Resolución sea estimatoria, el Registrador que haya firmado la nota de calificación revocada, así como los titulares de derechos a quienes se les haya notificado la interposición del recurso, estarán también legitimados para recurrirla*”.

La Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado. No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal.

Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo. El procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso. Quien propusiera la demanda para que se declare la validez del título podrá pedir la anotación preventiva de aquélla, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación; después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda sino desde su fecha».

• Y, en cuanto al párrafo añadido por la LA de 30 de diciembre de 2002, ha de considerarse totalmente lógico, y ya lo habían defendido varios autores, entre los que destaca LASO MARTÍNEZ, que aporta bastantes argumentos en defensa de que pueda interponer el recurso judicial el Registrador en los casos de resolución estimatoria, fundamentalmente al ser muchos los intereses del mismo que pueden resultar afectados por dicha resolución estimatoria. También sostiene GARCÍA GARCÍA que se debía establecer legalmente que el Registrador notificase a los interesados que acrediten interés legítimo en que la inscripción no se practique, como puede ser un arrendatario al que no se haya notificado una transmisión, o un titular registral cuyo derecho no ha sido tenido en cuenta en la resolución; ya que dicha notificación les permitiría hacer las alegaciones pertinentes en el recurso gubernativo y luego recurrir judicialmente contra una resolución estimatoria. Estas opiniones se han visto contestadas positivamente, con las reformas propiciadas por el Grupo Minoría Catalana, que ha recogido la LA de 2002.

c) Recurso de queja

Es el último recurso que se reconoce a los interesados, al que ya he aludido antes, y que se regula en el nuevo artículo 329 de la Ley Hipotecaria,

al que nos hemos referido antes al referirnos a la inscripción parcial. En dicho precepto se establece:

«Sin perjuicio de las sanciones que pudieren ser aplicables, contra la denegación del Registrador a extender asiento de presentación, a calificar, a expedir nota y su motivación, a notificar o a elevar el expediente en los plazos y formas establecidos en los artículos precedentes, se podrá interponer ante la Dirección General de los Registros y del Notariado recurso de queja en el plazo de un mes, que se sustanciará por el procedimiento previsto en la legislación hipotecaria.

La resolución recaída podrá ser objeto de impugnación en vía jurisdiccional de acuerdo con lo dispuesto para la revisión jurisdiccional de la resolución del recurso gubernativo».

MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES
Registrador de la Propiedad (jubilado)

La identificación de las fincas en el sistema registral italiano (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—ASPECTOS PROCEDIMENTALES.—PROCEDI-
MIENTO REGISTRAL: TÍTULOS INSCRIBIBLES.—IDENTIFICACIÓN DE
FINCAS.—MEDIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS.—EL
CATASTRO: SU FUNCIÓN.—A MODO DE CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

La necesidad de publicidad en el mundo jurídico ha sido siempre una constante, y a lo largo de la historia se han ideado diversos medios para lograr el conocimiento del hecho jurídico por parte de la sociedad. Con este fin, a lo largo del siglo XIX, se crearon, en la mayor parte de los países europeos, los denominados Registros Inmobiliarios o de la Propiedad, a través de los cuales se buscaba, en un principio, la publicidad de las cargas y gravámenes, y posteriormente, del historial jurídico general de las fincas. Aparentemente, podría creerse que se trata de una institución que apenas ha sufrido modificaciones a lo largo de sus más de cien años de vida; cabría pensar, incluso, que es la única rama del Derecho Civil que no ha sufrido ningún cambio, pero, sin embargo, como sucede con todos los aspectos jurídicos, la materia registral también ha reflejado los vaivenes registrados en la sociedad y aunque quizá, más tardíamente, ha tenido que ser objeto de reforma y adaptación a los nuevos tiempos. Hoy en día se asiste a toda una renovación de los mecanismos y organización del Registro de la Propiedad, debido, en gran medida, a los avances que la tecnología lleva consigo. Muestra de ello es la reciente *Land Registration Act* inglesa pro-

(*) Este trabajo se basa en los estudios realizados en la Universidad de Perugia, al amparo de los beneficios complementarios del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario.

mulgada el 26 de febrero de 2002 (1), que, como reconoce en su *Explanation*, busca la adaptación de su sistema registral al siglo XXI. Además, es de destacar que se trata de una corriente renovadora que no se ciñe a un determinado tipo de sistema registral, sino que alcanza a las distintas opciones de articulación de la publicidad inmobiliaria existentes, ya que, también en España, donde está vigente un sistema totalmente diferente del anglosajón, es perceptible esta tendencia, como lo demuestran las recientes intervenciones del legislador español con las que se pretende una adaptación a la época actual, tanto de los institutos auxiliares del Registro (Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario) (2), como del propio Registro, a través de la mejora de la identificación de las fincas —arts. 50 y sigs. de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (3) y Resolución de 28 de abril de 2003, por la que se aprueban los programas y aplicaciones informáticas para la consulta de datos catastrales y la obtención de certificados catastrales telemáticos— (4). El ordenamiento italiano no es inmune a esta ola reformadora que afecta a todos los Estados europeos, y a ello nos referiremos.

El sistema registral italiano tradicionalmente se ha encuadrado dentro de los de raíz latina, destacándose al respecto las directas influencias francesas que sobre el mismo han incidido (5). Es cierto que se trata de sistemas muy similares (6), pero como sucede con todos los institutos jurídicos, siempre

(1) Para más información, vid. PUENTE ALFARO, F., «Modificaciones en el ámbito legal del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales. Land Registration Act 2002», en *RCDI*, págs. 2077 y sigs., 2003.

(2) *BOE* de 24 de diciembre de 2002.

(3) *BOE* de 31 de diciembre de 1996, y vid. también la Instrucción de la DGRN de 26 de marzo de 1999 (*BOE* de 16 de abril de 1999) aclaratoria de la ley anterior.

(4) *BOE* de 14 de mayo de 2003. En la misma línea es también muy importante la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000, sobre implantación de la base cartográfica en el Registro de la Propiedad (*BOE* de 21 de marzo de 2000).

(5) De hecho, el Código Civil napoleónico de 1804 estuvo vigente en los territorios italianos conquistados por Bonaparte, desde el 1 de abril de 1806 mediante el Decreto de 16 de enero de 1806.

(6) Incluso en ambos países existe una dualidad de regímenes inmobiliarios debido a que hoy pertenecen a Francia e Italia territorios que previamente habían pertenecido al Imperio alemán y al Imperio austro-húngaro, respectivamente, de manera que, en Francia, junto al sistema de la transcripción, en Alsacia y Lorena está vigente el sistema del libro fundiario, y en Italia, en las regiones de Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia, rige el sistema tabular. El sistema tabular, al que aquí no se va a hacer referencia, se regula por el Real Decreto de 28 de marzo de 1929, n. 499, y, siguiendo al sistema austríaco, se caracteriza por organizarse según un sistema de base real, atribuir valor constitutivo a la intabulación, tener en cuenta los mapas catastrales, que forman parte del libro fundiario y estar bajo la autoridad jurisdiccional. La coexistencia de este sistema con el denominado de transcripción ha provocado que los autores se pregunten sobre su constitucionalidad (en concreto, sobre su compatibilidad con el principio de igualdad entre los ciudadanos) y que haya ciertas dificultades para armonizarlo con el sistema general. Respecto al sis-

imbuidos del elemento sociológico, el sistema italiano ha asumido caracteres específicos acordes con su propia idiosincrasia.

Así, una primera diferencia aparece ya en la forma de regulación de la materia; en Italia no existe una ley específica, sino que es en el Código Civil de 1942 donde se recoge toda la disciplina de la transcripción (7); concretamente son los artículos 2.643 y siguientes los que ordenan el sistema inmobiliario (8). Se trata de normas que han sufrido diversas reformas, aunque las más recientes (9) si bien no inciden directamente sobre ellas, lo hacen de forma mediata en cuanto suponen un cambio en la manera de llevar los registros más acorde con el avance imparable de la tecnología que exige, previamente a su implantación definitiva, una preparación de las Conservadurías.

Conservaduría es el nombre que reciben en Italia los Registros de la Propiedad, aunque modernamente es más común referirse a ellos como Registros Inmobiliarios, manteniéndose, no obstante, el término de conservador

tema tabular, vid. GABRIELLI, G., *Libri fondiari*. Digesto delle Discipline Privatische. Sezione Civile, Tomo XIV, UTET, 1994; CERVALI, G., *Libri fondiari*. Novíssimo Digesto Italiano, Vol. IX, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1975, y GABRIELLI, G., *Commentario della legge tavolare*. Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.

(7) Es curioso constatar cómo este sistema se sigue denominando «de transcripción», cuando realmente el procedimiento registral se asemeja, al menos en el siguiente aspecto, al sistema de inscripción, y es que no tiene lugar una transcripción literal del título a los libros registrales (como sucede en los sistemas de transcripción tradicionales), sino que, como enseguida se verá, se elabora un *extracto* del título (formándose con ello la nota de transcripción) que es lo que será finalmente publicado.

(8) Estos preceptos abren el Libro VI del Codice, dedicado a la tutela de los derechos, y no faltan en la doctrina autores que se pregunten sobre cuál es la justificación de esta ubicación sistemática. En la *Relazione* al Código Civil se explica al respecto que la transcripción tiene por misión la «protección de los derechos y de las legítimas expectativas de los diversos sujetos de cualquier modo y en cualquier sentido interesados». Es cierto que su colocación en el Código Civil de 1865 entre los modos de adquirir la propiedad era totalmente inadecuada, teniendo en cuenta la vigencia del principio del consenso para la transmisión de la propiedad y otros derechos reales, vigencia que provocaba que la transcripción no pudiera, en absoluto, ser considerada como modo apto para la transmisión de la propiedad. La nueva sistematización, si bien resulta más idónea que la anterior, no acaba de encajar, en nuestra opinión, pues este Libro VI no deja de ser una especie de libro residual donde se inserta todo aquello que no tiene una certera posición dentro del Código; además, parece que dicha rúbrica se refiere más bien a la materia procesal que es la sede donde tradicionalmente se han encuadrado los medios de tutela de los derechos, y la transcripción, desde luego, no puede relegarse a ser considerada como materia procesal. NATOLI, U., y FERRUCCI, R., *Commentario del Codice Civile. Libri VI, Tomo I. Della tutela dei diritti. Trascrizione-Prove*, UTET, 1971, págs. 2 y 3, en cambio, sí ven correcta esta ubicación sistemática; BIANCO, A. M., *La pubblicità immobiliare*, UTET, 1976, pág. 74, al hacer referencia a esta sistemática destaca la «heterogeneidad del contenido de este libro».

(9) Decreto Legislativo de 18 de enero de 2000, n. 9, sobre Disposiciones integrativas y correctivas de los Decretos Legislativos de 18 de diciembre de 1997 (relativos a materias fiscales), (Gazz. Uff. de 7 de febrero de 2000) y Decreto Interministerial de 13 de diciembre de 2000 (Gazz. Uff. de 29 de diciembre de 2000).

para el funcionario encargado de las mismas. En ellos es posible transcribir los actos a que se refieren los artículos 2.643 y 2.646 del Codice. Así, resulta interesante destacar que, la mayor parte de la doctrina, considera que es posible transcribir el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (10), al amparo del apartado tercero del artículo 2.643 («contratos que constituyen la comunidad de los derechos mencionados en los números precedentes») y ello a pesar de que la Ley que regula la figura (11), no hace referencia a este aspecto, ya que se limita a recoger aquellos extremos respecto de los que la Directiva de 26 de octubre de 1994 prevé la armonización comunitaria (información sobre los elementos constitutivos, modos de transmisión de la misma y reconocimiento del derecho de desistimiento).

Ya en el Código Civil de 1865, la transcripción se incluía dentro del Libro III, dedicado a los «Modos de adquirir la propiedad y otros derechos sobre las cosas» (arts. 1.935 y sigs.). A pesar de que las críticas al sistema instaurado no se hicieron esperar, no fue hasta la llegada del siglo xx cuando se formularon serios intentos de reforma. El primero de ellos, el denominado Proyecto Gianturco, se presentó el 9 de febrero de 1905, y suponía toda una revolución del estado hasta entonces en vigor, pues pretendía la implantación de un libro fundiario de base real y la necesidad de transcripción para la transmisión de la propiedad y los derechos reales, pero este Proyecto no fue aprobado.

En 1910 se aportó al Parlamento el denominado Proyecto Scialoja, cuya tramitación fue interrumpida debido a los acontecimientos bélicos. Sin embargo, el período de la Gran Guerra originó que, debido a la necesidad de dinero por parte del Estado, se promulgaran una serie de normas (12) de carácter fiscal que imponían la transcripción obligatoria de los actos traslativos. Esta innovación dio lugar a arduas discusiones en torno a si el ámbito de aplicación de estas normas era meramente el fiscal o si sus efectos se extendían también a la esfera civil.

Con motivo de los trabajos preparatorios del Código Civil de 1942, hubo varios conatos de implantar en todo el territorio italiano el sistema tabular; de hecho, el Proyecto de Ley propuesto por la Subcomisión (presidida por el insigne Coviello), a pesar de que, en sustancia, recogía el contenido del Pro-

(10) No se da este consenso, en cambio, respecto de la posibilidad de transcripción de las normas reguladoras de la comunidad que contienen las cláusulas caracterizadoras de la multipropiedad. Vid. CIAN, G. y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, 2002, pág. 1008.

(11) Decreto legislativo de 9 de noviembre de 1998, n. 427 (Gazz. Uff. de 14 de diciembre de 1998). Sobre la figura, vid. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, 2001, págs. 471 y sigs.

(12) Decretos de 6 de enero y 21 de abril de 1918, y el Decreto Regio de 24 de noviembre de 1919, refundidos en la Ley de 30 de diciembre de 1923.

yecto Scialoja, proponía como novedad el retorno a la teoría del título y el modo, adquiriendo la transcripción carácter obligatorio (13). Si bien se daba por aprobado este nuevo modelo, en los trámites finales de discusión de la reforma, por diversas razones (14) se mantuvo el sistema acogido por el Código de 1865 (de forma que la transcripción continuó siendo innecesaria para la perfección de las transmisiones de dominio).

Aunque desde un punto de vista sustancial la reforma que ha supuesto una auténtica novedad fue la que tuvo lugar mediante Decreto-ley de 31 de diciembre de 1996, n. 669 (15) y que, a través de la incorporación de un nuevo artículo 2.645 bis permitió la transcripción de los contratos prelimi-

(13) Se tomó como modelo, no el sistema alemán, sino el austríaco, lo que «demonstraba con cuánta cautela había operado la Comisión... el sistema austríaco, a diferencia del alemán, acepta el antiguo principio del *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* y, no escindiendo una primera fase obligatoria de otra de carácter real, mantiene un estrecho vínculo entre *titulus* y *modus acquirendi*, de forma que los vicios del título influyen sobre la validez de la intabulación», GAZZONI, F., *La trascrizione immobiliare. Tomo I. Arts. 2.643-2.645*. Il Codice Civil Commentario, Giuffrè Editore, 1991, pág. 17. En sentido contrario, MAIORCA, C., *Codice Civile. Commentario. Libro della tutela dei diritti*. Diretto da Mariano D'Amelio, SAG, Barbera Editore, 1943, págs. 2 y 3, sostiene que «el reclamo al sistema austríaco no parece exacto por parte de un sistema que, como aquel propuesto por la Comisión Real, prescindía de todas aquellas que son las características sobre las que a través de una larga tradición y de una idónea organización resulta fundado el régimen tabular austríaco. En realidad, no basta para acercar el régimen de la transcripción a los germánicos de la inscripción o intabulación, la circunstancia de la «constitutividad», que apenas aparece como uno de los extremos de la compleja regulación». MAIORCA aplaudió la opción final del legislador, mantenedora del sistema del antiguo Código, aunque no excluía que en un futuro pudiera establecerse el sistema de los libros fundiarios.

(14) El Ministro de Justicia en la *Relazione* para la aprobación del texto del Código Civil de 1942 daba razón de este cambio, así: «Después de una profunda meditación, he creído que no debía abandonarse el principio tradicional que considera la transcripción sólo como una forma de publicidad. Me ha parecido, de hecho, que los notables inconvenientes de orden lógico y práctico que se derivarían de la derogación del principio de transmisión consensual de la propiedad, no vendrían compensados por los valores, sin duda innegables, del nuevo sistema... la nueva función de la transcripción no sería probablemente adecuada a la costumbre de nuestro pueblo y, especialmente en los primeros años habría conllevado serias turbaciones en el régimen de la propiedad inmobiliaria». Según DE LISE, P., *Commentario teorico-pratico al Codice Civile. Libro VI. Della tutela dei diritti*. Diretto da Vitorio de Martino, Edizioni Pem, 1970, pág. 7: «el legislador de 1942, con un gran espíritu de apego a la realidad, considera más oportuno mantener inalterado el sistema tradicional en sus directrices fundamentales, ya fuera por la precaria situación de nuestros Registros Inmobiliarios, ya fuera por no desquiciar el principio de transmisión consensual del dominio, preciosa conquista del iusnaturalismo y de la revolución francesa». Para GAZZONI, F., *La trascrizione immobiliare. Tomo I. Arts. 2.643-2.645*. Il Codice Civil Commentario, Giuffrè Editore, 1991, pág. 19, «el reclamo a una no bien identificada "costumbre del pueblo", no era, en realidad, otra cosa que el capricho de los juristas valerosamente fascinados por el mito del consenso traslativo».

(15) Convertido en Ley por la Ley de 28 de febrero de 1997, n. 30 (Gazz. Uff. de 1 de marzo de 1997).

nares (16), ha sido la Ley de 27 de febrero de 1985, n. 52, de Modificaciones al Libro VI del Codice Civile y normas de servicio hipotecario, que afectó globalmente a toda la materia de la transcripción, la más importante en cuanto que introdujo un sistema de elaboración automática en las conservadurías de los Registros Inmobiliarios. Esta reforma (17), según DE RUBERTIS (18), tenía por fin «la modernización del servicio publicitario inmobiliario para remediar, como se ha dicho en la *Relazione*, la “situación de grave precariedad funcional” de las conservadurías de los Registros Inmobiliarios».

ASPECTOS PROCEDIMENTALES

El sistema italiano prevé la transcripción de una serie de actos enumerados en los artículos 2.643 y siguientes del Codice a los «solos» efectos de hacer que el acto sea conocido, y por ello, oponible a los terceros. La anterior afirmación, en principio, es lo que se deduce del artículo 2.644, pero resulta difícil hacerla compatible (19) con el denominado principio consensual del artículo 1.376 del Codice Civile, conforme al cual la propiedad y los demás derechos reales pueden transmitirse o constituirse simplemente por la concurrencia de voluntades entre las partes legítimamente manifestadas (20). Y es

(16) Esta Ley introdujo también otras modificaciones como, por ejemplo, el artículo 2.825 bis, relativo a la hipoteca sobre bien objeto de contrato preliminar. Para una visión global de esta reforma, vid. MARICONDA, G., *La trascrivibilità del contratto preliminare*, Notariato, 1995, págs. 337 y sigs., y PADOVINI, F., «Pubblicità immobiliare», *Rivista di Diritto Civile*, 2001, págs. 713 y sigs.

(17) Esta Ley supuso la inauguración de un período de modernización de todo el sistema inmobiliario, período que, según DE VOGLI, S., *Tecnologie informatiche e regime di pubblicità dei beni immobili*, CEDAM, 2002, pág. 29, tiene dos etapas: en una primera, que abarca desde 1985 hasta 1994, se tiene «como objetivo la mecanización de las Conservadurías de los Registros Inmobiliarios, y en una segunda etapa, iniciada en 1994, se busca la armonización de toda la Administración Pública en general».

(18) «Le nuove norme in tema di pubblicità immobiliare», *Vita Notarile*, 1985, pág. 43.

(19) Así lo reconoce DE VOGLI, S., *Tecnologie informatiche e regime di pubblicità dei beni immobili*, CEDAM, 2002, pág. XI, pero esta misma autora añade, pág. 131, que el proceso de informatización del sistema «llevará a la progresiva marginalización de la norma sobre la doble venta inmobiliaria y a la irrelevancia operativa del principio consensualista», ya que coincidirán en el tiempo el momento en que el derecho se transmite entre las partes y aquél en que deviene oponible *erga omnes*. Esta circunstancia, según la autora, supondrá un acercamiento de los modelos latinos y germánicos; vid. BIANCO, A. M., *La pubblicità immobiliare*, UTET, 1976, pág. 32, se refiere a la convivencia de ambos principios como «inestable equilibrio».

(20) En este punto la influencia francesa es directa, pues el Código napoleónico también prevé, en su artículo 711, este principio; esta elección supuso el abandono de la tradicional teoría del título y del modo como elementos de la transmisión de la propiedad

al confrontar los efectos de la transcripción (21), el principio consensual y la hipótesis de la doble venta, donde se abre un importante e inacabable debate en torno a la forma de compatibilización de las soluciones legales (22), debate que hace incluso preguntarse por cuáles sean las características propias de un derecho real (y si debe tener la consideración de tal un derecho únicamente con efectos *inter partes*) o si es posible hablar de dos tipos de propiedad según esté o no transcrita (23).

Tradicionalmente son dos los sistemas utilizados al respecto por los diversos ordenamientos para proceder a una distribución de los actos que llegan a las Conservadurías (24): a) de base real (que sitúa a la unidad fundiaria

o de otros derechos reales, y la elección de un mecanismo, el del contrato real, que permitiera demostrar el poder de la voluntad humana (no se puede perder de vista que el Código francés de 1804 no es sino fruto de los ideales revolucionarios).

(21) GENTILE, F. S., *La trascrizione immobiliare*, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1959, pág. 42, reconoce que «la transcripción representa una grave limitación a la eficacia traslativa o constitutiva del consenso proclamada por el artículo 1.376 del Codice... pero es justamente el remedio que tiende a superar las contradicciones generadas por tal principio».

(22) Discusión que se presenta también en España en torno a la justificación de la solución que acoge para los supuestos de doble venta el artículo 1.473 del Código Civil, con el «atenuante» de que al menos en nuestro ordenamiento, al estar en principio vigente la teoría del título y el modo, resulta, en cierta medida, más sencilla la explicación de este precepto. GENTILE, F. S., *op. cit.*, «La trascrizione...», pág. 61, de forma clarividente al confrontar la teoría de la transcripción con carácter declarativo, con el principio consensual y con la resolución del supuesto de la doble venta destaca que «no sólo la naturaleza declarativa de la transcripción no explica como *Terzo* —que habría adquirido a *non domino*— deviene propietario. Sino que tampoco explica la más grave y paradójica consecuencia, esto es, que *Secondo*, habiendo adquirido con todas los requisitos del artículo 1.376, de repente, por mágico maleficio, se ve privado de la propiedad. Aquella transcripción —que tendría un efecto meramente declarativo para *Terzo*— asume por añadidura eficacia extintiva o resolutive para el derecho de *Secondo*».

(23) «Una propiedad *relativa*, existente entre las partes e ineficaz contra los terceros, es una contradicción en términos», esta es la opinión de GENTILE, F. S., *op. cit.*, «La trascrizione...», págs. 64 y 65; COVIELLO, N., *Della trascrizione*, Vol. I, 1924, 110, critica duramente el sistema y, entre otras cosas, destaca que «la transcripción no se muestra un instituto muy coherente con el principio de Derecho racional acogido por los Códigos francés e italiano; esto es, que el consenso legítimamente manifestado basta para adquirir la propiedad». Este autor acepta la opinión de quienes no quieren o creen que no es posible establecer en Italia el sistema germánico y optan por una reforma parcial de la transcripción, pero mantiene que, incluso para este fin, es necesario «tener el coraje de cambiar también otros principios acogidos por el Código». En España, también se ha planteado esta posibilidad, y en concreto, es LA RICA y ARENAL, R. DE, «Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario», en *RCDI*, núm. 269, octubre de 1950, págs. 625 y sigs., el que habla de la existencia de una dualidad de propiedades, inscrita y no inscrita, rigiéndose la primera por la Ley Hipotecaria, y la segunda por el Código Civil.

(24) BORRUSO, R., «Informativa e pubblicità immobiliare, V Congresso Franco-italiano del notariato ligure e provenzale», *Rivista del Notariato*, 1981, pág. 69, propone «la eliminación de la alternativa necesariamente existente entre los sistemas de publicidad de base “real”... y los sistemas de publicidad de base “personal”».

como eje de la organización del Registro) y, *b*) de base personal (donde es la persona a favor o en contra de la cual se realiza el asiento, el punto de referencia) (25). El legislador italiano ha optado por el segundo criterio, siguiendo también en este caso al ordenamiento gallo, decisión que mayoritariamente ha sido objeto de críticas debido a que son mayores las ventajas derivadas del sistema real (26).

Y en él se aprecian diversos tipos de asientos registrales (transcripción, anotación, inscripción, cancelación...), pero nos interesa destacar que los asientos de inscripción y transcripción se diferencian fundamentalmente en que el primero se emplea en referencia a la constitución de hipotecas y tiene un carácter constitutivo (arts. 2.827 y sigs.), mientras que la transcripción se utiliza para provocar la publicidad de la propiedad y otros derechos reales, teniendo, en principio, un carácter declarativo (27).

Llama la atención cómo en Italia, país que en la materia registral siempre ha tenido muy presente el ordenamiento francés (28), no se ha seguido su ejemplo en el sentido de establecer unos índices o repertorios reales (es decir, que ofrezcan una enumeración de todos los inmuebles), aunque sea sin valor legal, que sirvan para facilitar la búsqueda en las Conservadurías y cumplan una función auxiliar dentro de un sistema de base personal.

No obstante, con la mecanización de las notas de transcripción, es posible llevar a cabo investigaciones en las Conservadurías partiendo de los datos catastrales del inmueble en cuestión, o bien de una combinación de los datos catastrales y de los datos relativos al sujeto titular. Esta novedad puede servir de ayuda, pero lo más deseable sería, en tanto no

(25) FERRI, L., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1950, pág. 40, originalmente declara respecto del sistema personal: «la transcripción hace públicas aquellas mutaciones jurídicas que influyen en la cantidad del poder de disposición de una persona determinada: es decir, sobre la legitimación para disponer».

(26) NATOLI, U., y FERRUCCI, R., *Commentario del Codice Civile. Libri VI, Tomo I. Della tutela dei diritti. Trascrizione-Prove*, UTET, 1971, pág. 23, reconocen que la implantación de un sistema de base real «presuponía la existencia de un plano oficial de determinación de la consistencia de cada inmueble (Catastro), respondiendo a caracteres de extensión a la totalidad y perfección que no existían en el momento de la reforma del Código». De igual parecer, DE LISE, P., *Comentario teorico-pratico al Codice Civile. Libro VI. Della tutela dei diritti*. Diretto da Martino, V. De, Edizioni Pem, 1970, pág. 20.

(27) GIANTURCO, E., *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario. Parte prima*, 1890, pág. 74, se muestra partidario de abolir la distinción entre inscripción y transcripción, pues «tanto una como otra no son más que formas esenciales de publicidad».

(28) En Francia, el Decreto de 14 de octubre de 1955, núm. 55-1350, para la aplicación del Decreto de 4 de enero de 1955, de reforma de la publicidad fundiaria, en su artículo 1 prevé el establecimiento de un fichero inmobiliario compuesto por fichas personales de propietarios, por fichas parcelarias y por fichas de inmuebles (estas últimas únicamente respecto de los inmuebles urbanos a que se refiere el art. 2 del mismo Decreto).

se vea oportuno la introducción del folio real, la formación de unos índices fundiarios (29).

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: TÍTULOS INSCRIBIBLES

El procedimiento que tiene por fin la práctica de la transcripción se inicia con la solicitud de transcripción ante la Conservaduría de los Registros Inmobiliarios competente en la circunscripción donde estén situados los bienes inmuebles (art. 2.663). Solicitud que vendrá acompañada de los documentos que servirán de base a la transcripción.

No todo documento es admisible, sino que se les somete a una serie de requisitos tanto sustantivos como formales; en cuanto a los primeros, habrán de contener alguno de los actos enumerados en los artículos 2.643 y siguientes del Codice que, por tanto, están sujetos a transcripción. Pero si bien respecto a los efectos propios de estos actos (contratos de transferencia de la propiedad, de constitución de servidumbres, de usufructo...) los documentos únicamente deberán reunir los requisitos propios de cada concreto acto jurídico, a los efectos de su transcripción, será necesario que estén revestidos de las formalidades requeridas por el artículo 2.657 del Codice (30).

Respecto a los requisitos formales, se limita la titulación en cuanto que en el sistema registral italiano rige el denominado principio de titulación auténtica que busca lograr la máxima seguridad en el momento de la entrada de datos en el Registro Inmobiliario, y así se inscribirán: sentencias, actos públicos y escrituras privadas. Se trata de un principio que admite graduaciones y puede decirse que en Italia, su aplicación no es todo lo rigurosa que sería posible, ya que se reconoce también idoneidad para acceder a las Conservadurías, a las escrituras privadas, siempre que sus firmas estén autenticadas notarial o judicialmente.

El primer título al que se refiere el artículo 2.657 es a las «sentencias» (31). Es admitido, por la generalidad de la doctrina, que a pesar de que se utilice un término tan específico, deben entenderse incluidas en él aquellas otras

(29) Estas nuevas posibilidades de búsqueda hacen que MISEROCCHI, L. A., «“Nuova” meccanizzazione dei Registri Immobiliari e “invalidità” della trascrizione per vizi della nota». *Rivista di Diritto Privato*, 1997, pág. 296, se pregunte si con ello «se ha modificado el sistema de la publicidad inmobiliaria introduciendo ulteriores claves de búsqueda», cuestión a la que responde negativamente, pues se trata de «una mera facultad concedida por el sistema que no ha alterado el método de búsqueda, que permanece anclado al único criterio primario basado en los datos identificativos del sujeto».

(30) GABRIELLI, G., «Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare», *Rivista di Diritto Civile*, 1996, págs. 155-156, critica el precepto por diversas razones, entre otras porque no hace una alusión específica a las resoluciones emanadas de la autoridad administrativa, ya que no admite, como hacen otros autores, su inclusión implícita dentro de los «actos públicos».

(31) Vid. artículos 131 y sigs. del Código Procesal Civil.

resoluciones judiciales que no tengan naturaleza de sentencia. También es unánimemente postulado que no es necesario para su admisión, que las sentencias hayan adquirido la condición de cosa juzgada.

En segundo lugar, el precepto alude a los «actos públicos». A nuestro entender, la expresión utilizada no es correcta, pues no hace referencia al documento (título en sentido formal), sino al acto (título en sentido material), y todo el precepto está dedicado a la indicación de qué títulos-documentos tienen acceso al Registro (32). Aunque es verdad que el ordenamiento italiano utiliza en general la expresión «acto público» como sinónimo de lo que en España es el *documento* público (arts. 2.699 y sigs.), hubiera sido más correcta la utilización del término documento o título público para referirse a todos aquellos actos o negocios jurídicos de los que da fe o interviene un oficial público (art. 2.699 del Codice).

Por último, se hace mención a la «escritura privada», la cual, para ser idónea, deberá tener autenticadas (33) las firmas, ya sea notarial o judicialmente (en este último supuesto se habla de *accertamento* judicial). Es en este punto donde es posible ver cómo el legislador italiano reduce el rigor del principio de titulación pública al permitir este título, pues la escritura privada siempre se ha mirado con desconfianza y de ahí el hecho de que no se admita en otros sistemas de titulación pública (vid. art. 3 LH española); y es por ello que, consciente del riesgo que estas escrituras conllevan, se exige que las firmas sean autenticadas a través de los medios existentes en el ordenamiento (34). Estos son fundamentalmente:

(32) Teniendo en cuenta lo escrupulosa que es la doctrina italiana con las categorías jurídicas, sería más clarificador el empleo de otro vocablo. No obstante, esta confusión no ha pasado inadvertida para la doctrina italiana, y así, CARNELUTTI, F., *Documento (teoría moderna)*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo VI, UTET, 1975, pág. 86, señala al respecto que hay dificultades para distinguir «el documento de la declaración, en concreto cuando esta última consiste en la formación del documento; tan grave es esta dificultad que continuamente se intercambia el acto con el documento e incluso la ley dice “acto público” donde debería decir “documento público”», o CARRARO, L., *Il diritto sul documento*, CEDAM, 1941, pág. 11, quien, en la misma línea, apunta que, «en el Código Civil, y también en Códigos más recientes, se habla de acto público, queriendo con aquella expresión designar el documento público»; LASERRA, G., *La scrittura privata*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, pág. 39, sitúa la diferencia entre acto y documento en «la materialidad del documento... contrapuesta a la espiritualidad del acto».

(33) Según AMATO, G., «Atto pubblico e scrittura privata: evoluzione o crisi del notariato?», *Rivista del Notariato*, 1961, pág. 944, la finalidad de la autenticidad es «convalidar, no la declaración directamente, sino la firma de aquél que ha emitido la declaración». Y es viendo esta definición de autenticidad como se explica la desconfianza que nos inspiran las escrituras privadas, aunque sus firmas estén autenticadas.

(34) Nos parecen bastante clarificadoras las palabras de LASERRA, G., *La scrittura privata*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, pág. 151, que, tras distinguir entre autenticidad y autenticación, manifiesta: «la autenticación es una de las tantas formas de control de la autenticidad, y precisamente una forma extrajudicial de control».

- La autenticación notarial regulada en el propio Codice en su artículo 2.703, y consiste en la constatación por parte del notario o de otro oficial público autorizado de que la escritura ha sido firmada en su presencia previa comprobación de la identidad del firmante (35).
- El *accertamento* judicial, que está reglamentado en sede procesal en los artículos 214 y siguientes del Código Procesal Civil, y consiste en la celebración de un juicio en el que deberán desplegarse todos los medios de prueba necesarios para verificar la autoría de la firma.

Finalmente, el apartado segundo del artículo 2.657 hace referencia a las sentencias y actos procedentes de país extranjero, en cuyo caso será necesaria su legalización.

Pero esta exigencia de titulación se atenúa, pues de los títulos en los que debe constar el acto que va a ser publicado, no siempre es necesario presentar los originales, sino que según los casos será posible entregar al conservador copia auténtica de los mismos, según dispone el artículo 2.658; sólo en el caso de que se trate de escrituras privadas no depositadas en un archivo público o en un protocolo notarial, será necesaria su presentación en original.

Todos ellos permanecerán en la Conservaduría y serán insertados en archivos especialmente creados a este fin (art. 2.664 del Codice).

Junto al título, y como una peculiaridad del sistema italiano, que supone una diferencia más del francés, es necesario presentar en la Conservaduría la denominada nota de transcripción (en doble ejemplar original).

Esta nota implica la introducción, a nuestro entender, de un elemento perturbador del procedimiento, pues con ella, los datos que deben ser publicados pasan por diversas «estancias» (título-nota-asiento de transcripción), lo que provoca distintos problemas no sólo de inexactitud o pérdida de datos en el proceso, sino también de interpretación a la hora de determinar, en caso de discordancia entre alguna de las «instancias», qué debe prevalecer, o dificultades para señalar cuál sea el contenido oponible a los terceros (36)... No

(35) «Comprende los dos elementos simultáneos de la identificación de la persona del firmante y de la declaración por parte del funcionario público de que la firma se ha efectuado en su presencia», vid. MORELLO, A.; FERRARI, E., y SORGATO, A., *L'atto notarile. Evoluzione dell'atto notarile. Il documento notarile. Il processo notarile*, Giuffré Editore, 1977, pág. 289.

(36) ZAGAMI, R., «Nota di trascrizione e automazione delle Conservatorie dei Registri Immobiliari», *Informatica e Diritto*, 1995, pág. 100, recoge la opinión doctrinal y jurisprudencial según la cual, «la publicidad legal es un sistema de “publicidad fuerte”. En este sistema de publicidad la nota tiene una función informativa completa y sustituye totalmente al título... es la nota, y no el título lo que se transcribe: la nota es el documento que sirve a la operatividad de la publicidad, mientras que el título sólo es el presupuesto legítimante de la solicitud de transcripción». Con ocasión de la reforma que se llevó a cabo en 1985, el Consejo Nacional del Notariado propuso una enmienda al

obstante, entre los autores se suele reivindicar su importancia y especial función dentro del sistema registral (37).

Esta nota de transcripción puede ser redactada por particular o por oficial público y el artículo 2.659 del Codice prevé que la nota contenga una serie de datos, que son los que serán publicados, y que sirven para individualizar el objeto de la transcripción. Es necesario señalar datos relativos a las partes (nombre, apellidos, régimen matrimonial...), el título cuya transcripción se solicita y la identificación del oficial público autorizante del título, así como de la unidad inmobiliaria sobre la que recae el derecho. Además, una de las notas permanecerá en la Conservaduría en las colecciones mantenidas al efecto, mientras que la otra será devuelta al solicitante constanding en ella la práctica de la transcripción (art. 2.664) (38).

Hay supuestos en los que será necesario adjuntar una serie de documentos complementarios, por ejemplo, en la transcripción de actos *mortis causa*, se exigirán además, el certificado de defunción, la copia del testamento...

Con todos estos documentos el Conservador llevará a cabo la práctica de la transcripción sin que pueda realizar un control sustancial de estos documentos, pues no es competente para ello, limitándose a corroborar el cumplimiento de las formalidades debidas (art. 2.674).

Proyecto de Ley que pretendía hacer directamente oponible a los terceros el contenido del título, de manera que la nota de transcripción habría así asumido «el solo y exclusivo papel de ser la clave de acceso al título, confiriendo a este último la función de completa fuente de publicidad». DE DONATO, A., «La nuova legge sulla pubblicità immobiliare», *Vita Notarile*, 1986, pág. 433; BONIS, R., «Corrispondenza del titolo con la nota sindacato del conservatore dei registri immobiliari», *Rivista di Diritto Ipotecario*, 1980, pág. 162, destaca que «debe ser ejercitado por el Conservador un control mínimo, aunque únicamente fuera para establecer la pertenencia del título a la nota y la correspondencia de los elementos principales, cuya discordancia constituiría un defecto manifiesto de la relación entre título y nota».

(37) Según FERRI, L., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1950, pág. 37, «la nota no es una simple síntesis del título: tiene su especial conformación, y es tal, no tanto por el título en base al cual se transcribe, sino más bien, en cuanto objeto de publicidad». Para TRIOLA, R., *Trascrizione*. Enciclopedia del Diritto, Tomo XXXVII, Giuffrè Editore, 1988, pág. 966, «el contenido de la nota constituye la medida de la publicidad». En cambio, ZAGAMI, R., «Nota di trascrizione e automazione delle Conservatorie dei Registri Immobiliari», *Informatica e Diritto*, 1995, pág. 106, aboga por el abandono de la necesidad de la nota para llevar a cabo la transcripción, de manera que «sólo el título debe ser objeto de transcripción, búsqueda y consulta».

(38) La regulación de la nota de transcripción fue objeto de importante modificación con la citada Ley de 27 de febrero de 1985, n. 52, de Modificaciones al Libro VI del Codice Civile y normas de servicio hipotecario en referencia a la introducción de un sistema de elaboración automática en las Conservadurías de los Registros Inmobiliarios que, entre otras cosas, estableció la necesidad de implantar unos modelos predeterminados de nota y modificó su contenido.

IDENTIFICACIÓN DE FINCAS

Si a primera vista pudiera parecer ocioso realizar un breve análisis del alcance de los efectos de la transcripción, inmediatamente nos percatamos de que no es así, pues sólo teniendo en cuenta los beneficios de la misma, será posible valorar la importancia de la regulación de un proceso de inmatriculación.

La doctrina italiana (39) se ha preocupado en bastantes ocasiones de la determinación de la naturaleza de la transcripción, es decir, si se trata de un hecho jurídico o se está ante un verdadero acto jurídico o incluso ante un negocio jurídico, no habiéndose llegado a una conclusión unánime. Pero, desde nuestra perspectiva, resulta más interesante hacer hincapié en el hecho de que se mantiene, y en este punto sí que existe unanimidad, que la transcripción no puede ser calificada de obligación jurídica sino de carga (*onere*), o bien, como señala PUGLIATTI, de «estímulo» (40), ya que, de no cumplirse esta finalidad, no se derivará ninguna sanción para el «cargado» con tal misión, sino que únicamente se verá privado de los efectos beneficiosos procedentes de la transcripción (41).

Es este carácter de mera carga el que hace que no se dé a la necesidad de regular un procedimiento de inmatriculación la importancia que realmente tiene; también colabora en gran medida a la depreciación de dicho procedimiento la calificación de declarativa que, en vista de los «pobres» efectos que la mayoría de los autores reconocen a la transcripción, se la atribuye (42).

(39) CHIRONI, G. P. y ABELLO, L., *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I, 1904, págs. 539 y sigs.; ROSSI, L., *Della trascrizione. Storia e Diritto Comparato. Concetto. Oggetto. Esecuzione. Efficacia*, Torino, 1914, págs. 38 y sigs.; FERRI, L., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1950, págs. 8 y sigs.; NATOLI, U., y FERRUCCI, R., *Commentario del Codice Civile. Libri VI, Tomo I. Della tutela dei diritti. Trascrizione-Prove*, UTET, 1971, pág. 21.

(40) Vid. *La trascrizione immobiliare*, I, V. Ferrara Editore Messina, 1945, pág. 15. Este último término está bastante extendido entre la doctrina española.

(41) Únicamente cabe hablar de verdadera obligación de procurar la transcripción en relación a los notarios y demás oficiales públicos, según establece expresamente el artículo 2.671 del Codice, precepto que también hace mención de la responsabilidad de estos sujetos en caso de incumplimiento, aunque según BIANCO, A. M., *La pubblicità immobiliare*, UTET, 1976, pág. 33, aquí se está ante «una obligación mediata». Hay autores que reconocen también la existencia de una obligación de carácter tributario, por ejemplo, DE LISE, P., *Trascrizione*, Enciclopedia Giuridica, Tomo XXXI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1994, pág. 2; MAIORCA, C., *Codice Civile e Commentario*. Libro della tutela dei diritti. Diretto da Mariano D'Amelio. SGA. Barbera Editore, 1943, pág. 26, nota 2.

(42) CHIANALE, A., *Pubblicità immobiliare*. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civil, Tomo XVI, UTET, 1998, pág. 127, declara que «la contraposición entre eficacia constitutiva y declarativa reviste una importancia excesiva».

Debido a este carácter, no opera como elemento integrante del complejo tipo causante de la transmisión de la propiedad o de los derechos reales (43); el derecho «nace» con independencia de que posteriormente se practique o no la transcripción; la publicidad de estos derechos únicamente es útil para hacerlos oponibles a los terceros (que con la publicidad no podrán alegar desconocimiento de la mutación jurídica) (44).

A pesar de que se admita sin discusión (45) que verdaderamente la transcripción es una mera carga con carácter declarativo, ello no es justificación para no dar a la finca el tratamiento que se merece en cuanto que es el objeto sobre el que recaerán los derechos a transcribir (46); ¿es posible hacer valer, permitir oponer a los terceros, un derecho incompleto en cuanto a que su objeto no está delimitado e identificado? (47). Y es que el ordenamiento

(43) No obstante, no faltan autores que atribuyan a la transcripción carácter constitutivo: vid. GENTILE, F. S., *La trascrizione immobiliare*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, págs. 65 y sigs., que habla de la transcripción como «circunstancia constitutiva de la adquisición sujeta a transcripción... pero no es un elemento del acto transcrito»; DE LISE, P., *Commentario teorico-pratico al Codice Civile. Libro VI. Della tutela dei diritti*. Diritto da Vittorio de Martino, Edizioni Pem, 1970, pág. 17, para mantener una postura unitaria más allá del carácter declarativo o constitutivo de la transcripción, dice que ésta «fotografía los cambios jurídicos relativos a los bienes inmuebles sin añadir nada a los mismos y, con ello, conserva y protege sus efectos contra el peligro de los abusos que pueden inevitablemente deducirse del principio de la transmisión o constitución de los derechos reales en virtud del simple consenso legalmente manifestado». GIACOBBE, G., *Pubblicità (Diritto Civile)*. Enciclopedia Giuridica, Tomo XXV, Istituto della Enciclopedia Italiana. Fondata da Giovanni Treccani, 1991, pág. 12, presenta, siguiendo los pasos de PUGLIATTI, una teoría bastante original según la cual, partiendo de que existe un tipo primario (el acto o negocio que produce sus efectos propios independientemente del tipo secundario) y un tipo secundario (la transcripción, que determina un ulterior efecto jurídico representado por la oponibilidad del acto a los terceros), señala la producción de «un ligamen de tipos que, mediante el efecto jurídico de la oponibilidad, incide sobre las situaciones jurídicas del tipo primario, atribuyéndoles una ulterior cualificación». DE VOGLI, S., *Tecnologie informatiche e regime di pubblicità dei beni immobili*, CEDAM, 2002, pág. 76, mantiene que la transcripción «tiene naturaleza no meramente declarativa sino latamente constitutiva».

(44) Sin embargo, respecto de la transcripción de las adquisiciones *mortis causa* la doctrina se muestra de acuerdo en señalar que sus efectos no son estos de la oponibilidad, sino los de permitir al heredero o legatario poder disponer de los bienes de la herencia, por tanto, sería un efecto del principio de continuidad contemplado en el artículo 2650 Codice.

(45) No es el lugar oportuno para profundizar en este respecto.

(46) Al igual que sucede en España, en el país italiano también existe polémica en cuanto a cuál sea el objeto de la transcripción. Al respecto, vid. PUGLIATTI, S., *La trascrizione immobiliare*, I, V. Ferrara Editore, Messina, 1945, págs. 113 y sigs.; FERRI, L., *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, Dott. A. Giuffré-Editore. Milano, 1950, págs. 30 y sigs.

(47) Como acertadamente observa COVIELLO, N., *Della trascrizione*, vol. I, 1924, pág. 153, nota 1, «no basta con conocer exactamente el propietario y el origen de sus derechos, sino que es necesario todavía proveer las indicaciones oportunas para recons-

italiano apenas se ha preocupado de asegurar una exacta identificación e individualización (48) de la unidad fundiaria, a lo que ha contribuido, sin duda alguna, el dato formal (con indudables consecuencias sustanciales, como se está viendo) de la organización de las Conservadurías, teniendo en cuenta únicamente un criterio personal.

Además, cabe preguntarse si el Estado debería procurar poner las bases necesarias para una correcta y veraz determinación de los derechos (no se debe olvidar que las fincas son el objeto de los derechos y como tal forman parte de su contenido) en aras de un principio de seguridad jurídica que, aunque no esté reconocido en la Constitución de la República Italiana de 1947, forma parte del acervo jurídico de todo Estado.

También hay autores (49) que ven en todo el entramado de las Conservadurías la existencia de un interés público, y es precisamente ese interés público el que sirve también como argumento a favor de la necesidad de que el Estado debería haberse preocupado de una mejor concreción de la base física de los derechos (50).

Si hace algunos años se alegaba la falta de un Catastro fiable que pudiera servir de instrumento auxiliar de las Conservadurías, hoy en día, debido a los importantes avances tecnológicos acaecidos, este argumento no es de recibo. Es verdad que actualmente casi la totalidad de las propiedades inmobiliarias italianas han tenido acceso a las Conservadurías, pero el Estado debería hacer un esfuerzo (siempre con la colaboración de los particulares) para lograr una

truir sobre el terreno la parcela que es el objeto del acto jurídico. Un libro fundiario que no diese la descripción física y exacta del inmueble no serviría de nada: porque se correría el riesgo de adquirir un fundo que no se podría descubrir».

(48) Es común distinguir como conceptos distintos los de individualización e identificación (vid. GALOPPINI, A., «L'individuazione dei beni immobili: problemi giuridici», *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1985, págs. 596 y sigs.) y, efectivamente, así es, pero creemos que en el ámbito de la propiedad inmobiliaria, sobre todo la rústica, se trata de operaciones que se llevan a cabo de forma contemporánea, pues es muy difícil una individualización del bien (sobre el papel) sin su identificación.

(49) COVIELLO, N., *Della trascrizione*, vol. I, 1924, pág. 443, mantiene que «la transcripción, interesando a los terceros, es un instituto jurídico de *orden público*: no ya de orden público *primario*, sino de orden público *secundario*... se trata de normas que, mirando principal y directamente a tutelar los intereses privados, garantizan de modo indirecto el interés general». DE LISE, P., *Commentario teorico-pratico al Codice Civile. Libro VI. Della tutela dei diritti*. Diretto da Vittorio de Martino, Edizioni Pem, 1970, pág. 12, mantiene que el fin público del instituto es «indirecto y secundario».

(50) Es de sobra conocida la importancia que todo el mercado del crédito hipotecario tiene para la economía de un país, pues bien, la correcta descripción de las fincas tiene influencia directa sobre este aspecto ya que, como dice LUZZATI, I., *Commento teorico-pratico al Titolo XXII, Libro III del Codice Civile italiano. Vol. II. Delle forme e degli effetti della trascrizione*, Torino, 1901, pág. 63, «es sobre el exacto conocimiento de la propiedad de un individuo sobre lo que se puede medir el crédito que se puede conceder... de ahí la necesidad de hacer desaparecer posibles equívocos acerca de la identidad de los inmuebles».

descripción e identificación de los fundos que elimine las discordancias entre aquello que consta en los libros y la realidad física.

Así, dice GABRIELLI (51): «es obvio que un sistema de publicidad legal, cualquiera que sea su objeto, sería no sólo inútil, sino hasta nocivo, si se arriesgase, acogiendo sin ninguna verificación cada solicitud de registración, a otorgar informaciones que no corresponden a la realidad jurídica».

Como se habrá podido deducir de las palabras anteriores, en la normativa registral italiana no aparece regulado un procedimiento inmatriculador (52). Ni siquiera se hace mención a un primer asiento que inicie la historia registral de la finca. Entre la doctrina es difícil encontrar sino meras alusiones a la inmatriculación con ocasión, generalmente, del tratamiento del sistema tabular vigente en los territorios ex austríacos. Ante esta escasez de referencias, destacan las palabras de COVIELLO (53), hechas con motivo de las propuestas de reforma al sistema de transcripción tendentes al establecimiento de un sistema tabular: «Toda la dificultad consiste en que la inmatriculación de los fundos, que no es otra cosa que la primera inscripción en los libros, o como se dijo, el *acto de nacimiento* del inmueble, debiendo ser el punto de partida de las sucesivas inscripciones, es necesario que haga estado respecto a los terceros. Ahora bien, para que ello tenga lugar sin daño alguno, sería necesario que la inmatriculación fuese la imagen fiel del estado efectivo de la propiedad en un momento dado, no sólo en lo que respecta a la condición material, sino en todo lo referido a la condición jurídica».

Esta ausencia encuentra su principal explicación en el hecho de que los libros de las Conservadurías se ordenen atendiendo exclusivamente a un criterio personal (54), de tal forma que la máxima preocupación se centra en la determinación de los titulares de los derechos que se hacen públicos en las Conservadurías. Pero, aún de mantenerse este sistema organizativo perso-

(51) «Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare», *Rivista di Diritto Civile*, 1996, pág. 153.

(52) GENTILE, F. S., *La trascrizione immobiliare*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, pág. 96, comentando los intentos que hubo en Italia para adoptar el sistema prusiano o el austríaco, señala que «para adoptar uno de tales sistemas, era necesario previamente proceder a la determinación de las relaciones de propiedad, ya que condición de estos sistemas es la inmatriculación del fundo...».

(53) *Della trascrizione*, vol. I, 1924, pág. 149.

(54) BIANCO, A. M., *La pubblicità immobiliare*, UTET, 1976, pág. 404, señalaba en 1976 que la modificación más importante y necesaria del sistema de transcripción, y a la que ningún autor se había referido, era la de la implantación del sistema de publicidad real, dados los inconvenientes, y ninguna ventaja, que plantea el sistema personal y además, «no se ve ninguna razón —si no un inveterado obsequio a la tradición— por la cual los registros destinados a hacer patente la situación jurídica de los inmuebles deben estar dedicados, antes que a los inmuebles, a las personas que hayan llevado a cabo actos relativos a derechos inmobiliarios».

nal (55), ¿no sería loable que en el momento de practicarse la transcripción se previese un procedimiento para asegurar la certeza de la base física del derecho? Puede alegarse que con ello se provocaría un encarecimiento de la registración, pero, sin embargo, evitaría desembolsos posteriores por litigios causados por esa falta de seguridad, y además, se impediría el incremento de los gastos con la existencia de un Catastro adecuado que, gracias a su conexión con las Conservadurías, facilitara la identificación de las fincas, ya que, una vez lograda la identificación catastral, en las posteriores operaciones registrales bastaría con incluir el número catastral sin que ello implicara apenas costes para el interesado.

MEDIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS

Es el momento idóneo para hacer alusión a los instrumentos o elementos de los que se vale el legislador italiano para lograr una identificación de la unidad fundiaria (ya que como ya se ha dicho, no regula un específico procedimiento inmatriculador). La única mención que se hace a los datos delimitadores del inmueble es aquella del artículo 2.659 del *Codice* que regula los requisitos que deben concurrir en la nota de transcripción, cuyo apartado número cuatro se refiere a la exigencia de que en la misma se indique «la naturaleza y situación de los bienes a los que se refiere el título», y a tal fin hace una remisión al artículo 2.826 del *Codice* que lleva por rúbrica «Indicaciones del inmueble hipotecado», y que exige la nominación de la naturaleza, del municipio en el que se encuentra el fundo, así como de los datos catastrales (requiriendo otras exigencias para los supuestos de edificaciones en proceso de construcción).

El artículo 2.826 fue modificado por la Ley de 27 de febrero de 1985, n. 52, y antes de ella el precepto exigía, no la constancia de los datos catastrales en la nota, sino de al menos tres de sus linderos. La verdad es que resulta difícil encontrar explicación (56) a esta exigencia, pues el fundo

(55) Contra cuya exclusividad como criterio de ordenación claman muchas voces.

(56) Compartimos, por tanto, la opinión de AURICCHIO, A., *La individuazione dei beni immobili*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960, pág. 14, para quien, «para la individualización de la finca no bastan tres linderos, ya que el cuarto debe servir para determinar la posición que el terreno asume en relación a los otros terrenos con él colindantes»; el mismo autor, *ibidem*, pág. 103, encuentra después una explicación al hecho, diciendo que, «es verdad que no pueden existir dos fincas con tres linderos idénticos: entonces, la indicación de los tres linderos sirve para establecer cuál sea la finca a la que se refiere el contrato, y no cómo sea ésta», pero esta justificación no es suficiente, ya que, teniendo en cuenta los múltiples problemas a que da lugar una incorrecta identificación de las fincas, hay que procurar que ésta sea lo más perfecta posible, lo cual sólo se consigue con la indicación de todos los linderos.

no queda delimitado e individualizado por el hecho de que se señalen tres de sus linderos, máxime si solamente son esos los datos utilizados. ¿Cómo saber a qué predio se refiere una nota, que después será la que servirá para llevar a efecto la transcripción, que únicamente contiene tres lindes, imaginemos que los límites norte, este y sur?, ¿cómo diferenciar dicho fundo con las fincas con él colindantes en el lado oeste? Salvo que la finca tenga una forma triangular, lo que no tiene porqué ser la norma general, será bastante complejo lograr su determinación con estos datos, sobre todo si se tiene en cuenta que, en ningún momento se exige la constancia de la superficie del predio (57). Aquí se ve que el codificador no tuvo demasiado interés en llegar a una adecuada delimitación de las fincas.

Con la reforma del Código Civil últimamente citada, aparentemente desaparece la exigencia de la mención de los tres linderos, y decimos «aparentemente», porque si bien no se encuentra en el artículo 2.826, reaparece en el artículo 29 de la Ley reformadora, que requiere la indicación de los famosos tres linderos, no ya en la nota de transcripción, sino en el título donde constan «los actos en los que se constituye la hipoteca o de los que se solicita la transcripción». ¿Por qué esta reaparición? (58), ¿por qué su eliminación de la nota y su inclusión en el título? El propio legislador justificó su decisión diciendo que «se ha eliminado la obligación de mencionar en la nota los linderos del inmueble, porque dicha indicación determina al estado numerosas dificultades prácticas, es fuente de graves confusiones también en sede de expedición de certificaciones y, de todos modos, no parece indispensable para la individualización segura del inmueble, pudiendo, por el contrario, producir imprecisiones de todo género», pero a nuestro entender lo que se percibe tras esta opción no es más que la desconfianza que en aquel momento ofrecían los datos catastrales como índices suficientes para la delimitación de las fincas; aunque, como ya se

(57) No nos es posible comprender este «olvido» de la superficie, ya que se trata de un dato, que aunque también puede provocar errores o inexactitudes, puede coadyuvar notablemente a la individualización del predio.

(58) «Es del todo incomprensible la *ratio* del artículo 29 de la Ley núm. 52, que, estableciendo que en los actos de los que se solicita la transcripción el bien deber ser designado con la indicación de al menos tres de sus linderos, parece excluir implícitamente que tal indicación sea necesaria también en las notas, a menos que no se quiera interpretar tal disposición en el sentido de que donde el inmueble no esté incluido en el Catastro, debe ser indicado, en el acto (e implícitamente también en las notas), sobre la base de tres linderos», así se expresa TRIOLA, R., *Trascrizione*. Enciclopedia del Diritto, Tomo XXXVII, Giuffrè Editore, 1988, pág. 967; GABRIELLI, G., «La pubblicità legale nel sistema del Codice Civile», *Rivista di Diritto Civile*, 1992, pág. 463, ve en esta reaparición de la necesidad de señalamiento de los linderos en el título una prueba de que ni siquiera el propio legislador de 1985 se muestra convencido de la seguridad de los datos catastrales para identificar el inmueble.

ha dicho, la indicación de los tres linderos tampoco la consideramos idónea para tal fin (59).

El proceso de mecanización iniciado por esta Ley de 1985 previó (art. 17) el establecimiento de un modelo de nota que rechazaba la redacción libre de la misma que hasta ese momento era posible (60). En este sentido, la nota podía ser considerada como un documento privado, pues cabía que fuese el propio interesado el redactor de la misma, aunque lo más común es que fuese el Notario autorizante el que llevase a cabo esa labor.

A esta situación parece que se ha venido a poner remedio (61) con los modelos de notas a los que se ha hecho referencia; ahora, la nota viene estructurada en cuatro cuadros (A, B, C, y D), en cada uno de los cuales existen unas casillas que deben ser rellenadas. El cuadro A recoge los datos del título sobre el que se solicita la inscripción; el cuadro B se refiere a los datos relativos a la finca sobre la que recae el derecho, entre ellos constan los catastrales (62); el C contiene los datos referentes a las personas a favor o contra las cuales se realiza la transcripción y, por último, el cuadro D permite señalar todos aquellos datos no aportados en los cuadros anteriores y que se estime oportuno su conocimiento.

Si la nota es redactada por un Notario, teniendo en cuenta que el artículo 51 de la Ley de 16 de febrero de 1.913, n. 89, sobre la Ordenación del Notariado y de los Archivos Notariales, exige señalar en los actos notariales

(59) La perplejidad existente ante esto se deduce de las palabras de DE RUBERTIS, G., «Le nuove norme in tema di pubblicità immobiliare», *Vita Notarile*, 1985, pág. 52: «Se trata de afirmaciones que sirven de excusa desprovistas de todo fundamento... esto se confirma por el artículo 29 de la Ley en examen y sobre todo por la justificación que de él hace el legislador, que afirma que “con el artículo 29 se introduce la obligación de designar, en los actos con los que se concede la hipoteca o de los que se solicita la transcripción, el inmueble también con la indicación de al menos tres de sus confines, con el fin de obviar eventuales inconvenientes a que podrían dar lugar la falta de dicha obligación en la nota de transcripción o inscripción, tal como se prevé en el nuevo texto del artículo 2.826 del Codice Civile según es modificado por el artículo 13 del presente Proyecto de Ley”. Todo esto es simplemente absurdo».

(60) El modelo, aún en soporte papel, fue implantado por el Decreto del Ministerio de Finanzas, de 5 de julio de 1986. Fue el Decreto de 9 de enero de 1990 el que introdujo los modelos de nota en soporte informático. Como un paso adelante en la modernización del sistema, se promulgaron por el Ministerio de Finanzas los Decretos de 29 de abril de 1997, relativos a la presentación de las notas en soporte informático.

(61) Pues, aunque sigue siendo posible la elaboración por el particular, la existencia de unos modelos evita problemas de interpretación en cuanto al contenido de la nota y su correspondencia con el título.

(62) A estos efectos por inmueble se entiende la unidad elemental catastralmente individualizada que, como se explicará más adelante, no tiene porqué coincidir con la unidad jurídica-registral. Teniendo en cuenta la normativa ya mencionada y la Circular número 2, de 20 de enero de 1984, de la Dirección General del Catastro y de los Servicios Técnicos del Erario, los datos identificativos del inmueble a constar en la nota serán: el tipo de Catastro donde constan y la sección, el folio y la parcela.

referidos a bienes inmuebles los números catastrales, los mapas catastrales y los límites (63), habrá que entender que antes de proceder a la inclusión de los datos catastrales, este funcionario público habrá procedido a la solicitud de la certificación catastral que acredite la exactitud de dichos datos. Pero, si por el contrario, dicha nota es redactada por un particular, ¿quién comprobará la veracidad de los datos catastrales? Parece que en estos casos habrá que estar al título que sirve de base a la transcripción, de forma que si es un título público, el funcionario correspondiente habrá exigido, según las normas mencionadas, la presentación del certificado catastral; y si es una escritura privada en los procesos de autenticación notarial o reconocimiento judicial de las firmas (necesarios, como ya se ha visto, para que ese título privado pueda ser inscrito), únicamente se hará una comprobación de autoría de las firmas, ¿qué sucederá si los datos catastrales son falsos, se refieren a otra finca o incluso a una finca que no es del firmante?, ¿dónde está en este supuesto la seguridad jurídica?

Es posible que con la mecanización de los Registros se produzcan problemas de discordancia entre la nota y el título; pues bien, en materia de errores sobre los datos identificativos de los bienes inmuebles, ETORRE y SILVESTRI (64) mantienen que ello no debe llevar a imponer a los conservadores de los Registros Inmobiliarios la obligación de controlar la ausencia de errores (65), ya que, aunque hoy en día es posible la inspección en las Conservadurías, partiendo de los datos catastrales de la finca, se trata de «un procedimiento auxiliar y de perfeccionamiento del sistema que es de enorme utilidad para el oficial y para el usuario, pero que, lamentablemente, todavía está privado de reconocimiento legal... además, con frecuencia los inmuebles están representados por un notable número de parcelas para lo cual el control sería dificultoso y prolijo». Pero, entonces, ¿de qué sirven unos datos que pueden ser erróneos? Los autores continúan justificando su opinión diciendo

(63) También será necesario tener en cuenta el artículo 56 de la Ley de 8 de octubre de 1931, n. 1572, de Aprobación del Texto Único de las Leyes sobre el Nuevo Catastro, conforme al cual: «Los notarios y en general los funcionarios públicos, en su caso encargados, no pueden redactar actos públicos o autenticar escrituras privadas referentes a transferencias de bienes, si por las partes no se ha consignado el certificado catastral previsto en el precedente artículo 55...».

(64) *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale. Manuale teorico-pratico*. Giuffrè Editore, 1996, pág. 135.

(65) De hecho, el artículo 9 del Decreto-ley de 30 de diciembre de 1993, n. 557 (Gazz. Uff. de 30 de diciembre de 1993), que fue convertida en Ley por la Ley de 26 de febrero de 1994, n. 133 (Gazz. Uff. de 28 de febrero de 1994), prevé que el conservador pueda rechazar la transcripción en el caso de que los datos catastrales identificativos del inmueble no estén puestos al día. Esta mera posibilidad extraña a GALLIZIA, A., «Dottrina e problemi del notariato. Argomenti e attualità», *Rivista del Notariato de 1998*, pág. 7, para quien debía ser una verdadera obligación para el conservador.

que estos posibles errores «no impiden la cognoscibilidad del acto...», pero ¿qué utilidad tiene conocer un acto si falta el conocimiento de su objeto?

Se echa de menos la reglamentación, dentro del procedimiento registral, de mecanismos (más allá de los estrictamente registrales) que sirvan para dar publicidad a las descripciones del sustrato físico de los derechos, de manera que los posibles interesados puedan hacer ver la existencia de errores o equivocaciones en las mismas, en un período anterior a aquel en que las transcripciones devengan definitivas; todo ello en aras de evitar futuros conflictos que mermen el principio de economía procesal.

Ahora bien, de nada servirán todas las exigencias anteriores si el Catastro no cuenta con unos bancos de datos veraces y acordes con la realidad.

EL CATASTRO: SU FUNCIÓN

Hay que reconocer que la institución catastral tiene un fin eminentemente fiscal en cuanto que sirve para determinar el valor de la propiedad inmueble, valor que servirá de base en el cálculo de las cantidades a percibir por el Estado a través de los impuestos. Para esa determinación lleva a cabo una labor de acumulación de datos relativos a todas las fincas que lo convierten en un auténtico «inventario general de los bienes inmuebles» (66) y gracias a él se puede lograr una fotografía del estado de la propiedad en un país (67).

Pero junto a ello es innegable que también puede llegar a cumplir una función de tipo civil (68), complementaria de la tarea llevada a cabo por las Conservadurías de los Registros Inmobiliarios, mediante la suministración de

(66) RUMBOLDT, T., *Catasto (Diritto attuale)*. Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè Editore, 1960, pág. 495.

(67) En el ordenamiento español, la reciente Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario (*BOE* de 24 de diciembre de 2002), lo define como «un Registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales, tal y como se definen en esta Ley» (art. 1).

(68) Así opinan RUMBOLDT, T., *Catasto (Diritto attuale)*. Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè Editore, 1960, pág. 495, y DE CUPPI, A., *Publicità (Diritto civile)*. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, pág. 1007; TAGLAPIETRA, S., «L'individuazione giuridica dei beni immobili», *Rivista di Diritto Civile*, 1990, pág. 37, señala que la función tributaria «acaba por constituir un límite para su utilización en fines diversos, como la individualización, límite que no parece superable ni siquiera acudiendo a la enunciación, contenida en la Ley reguladora del Catastro, de un fin ulterior, de relevancia más sinceramente privada». No todos están de acuerdo en reconocer al Catastro una función civil auxiliar de las Conservadurías, por ejemplo, COVIELLO, N., *Della trascrizione*, vol. I, 1924, pág. 150, dice que el Catastro «puede tener un doble efecto: tributario y civil; como instituto tributario, sirve para aplicar y repartir el impuesto fundiario, es un medio para obtener la distribución equitativa del impuesto; como instituto civil tiene por objeto la declaración legal o material de la propiedad de los inmuebles».

datos que no constan en las Conservadurías y con los que se logrará una mayor concreción de los derechos que acceden a las mismas (69). Como ya se ha visto, en la nota de transcripción es necesario hacer mención de los datos catastrales de la finca, de ahí que sea necesaria la ayuda del Catastro para, a través de esos datos, llegar a una delimitación de las características físicas de la finca.

Existen en Italia dos tipos de Catastros según la calificación de las propiedades que sean su objeto, así el *Catasto Terreni* tiene en cuenta la propiedad rústica (siendo por tanto un Catastro de Rústica), mientras que el *Catasto Fabbricati* (70) absorbe los datos relativos a las propiedades urbanas.

Gracias a la realización de diversas operaciones de carácter eminentemente técnico, se llega a una especificación de las distintas parcelas catastrales (71) que servirán de «unidad» alrededor de la cual se organizará el Catastro (se podría decir que sigue un sistema de corte real). En esta determinación juegan un papel muy importante los mapas catastrales, pues servirán para concretar de manera inequívoca los datos literales que obran en el Catastro, llegándose así a una identificación «sobre el terreno» de cada parcela.

En los últimos años se han llevado a cabo en distintas direcciones, actuaciones, cuyo objetivo era lograr una modernización del Catastro que incidiera directamente en una mejora del servicio prestado. Por ejemplo, una importante novedad fue el paso de la extensión de los mapas catastrales en soporte papel a su formación en otro tipo de soportes informáticos más modernos que les dotan una exactitud todavía mayor; el Decreto del Ministerio de Finanzas, de 19 de abril de 1994, n. 701, sobre normas para la automatización de los procedimientos de puesta al día de los archivos catastrales y de las Conservadurías de Registros Inmobiliarios (72), permite que la nota de transcripción

(69) También es posible hablar de una función procesal-civil en cuanto a la relevancia probatoria que puedan tener los datos catastrales. De hecho, el artículo 950 del Codice, respecto de la acción de deslinde, señala que a falta de otros medios, el juez atenderá a los linderos delineados por los mapas catastrales.

(70) Este Catastro ha sustituido al antiguo *Catasto Edilizio Urbano* y su norma fundamental es el Decreto del Ministerio de Finanzas, de 2 de enero de 1998, n. 28.

(71) Como «porción continua de terreno o de una edificación, que esté situada en el mismo municipio, perteneciente al mismo poseedor, siendo de la misma calidad o clase, o el mismo destino», es definida la parcela catastral en el artículo 2 de la Ley de 8 de octubre de 1931, n. 1572, de Aprobación del texto único de leyes sobre el nuevo Catastro. En cambio, en el Catastro Urbano (*Catasto dei Fabbricati*), la unidad fundamental se denomina «unidad inmobiliaria» y se define en el artículo 2 del Decreto Ministerial de 2 de enero de 1998, n. 28, como «porción de construcción, o construcción, o conjunto de construcciones o bien una zona que, en el estado en que se encuentra y según el uso local, presenta potencialidad de autonomía funcional y de ser rentable».

(72) Que no es sino la plasmación real de la previsión de la Ley de 24 de marzo de 1993, n. 75, respecto a la posibilidad de llevar a cabo esta doble registración (registral y catastral) mediante un único procedimiento.

sirva automáticamente para la extensión del respectivo apunte (*voltura*) catastral (73). Pero para que lo anterior fuera posible era necesario que en los modelos de nota de transcripción se introdujeran algunos datos que, si bien no son necesarios a efectos de la práctica de la transcripción, sí lo son para que sea posible su inserción en el Catastro, y a tal fin se promulgó el Decreto Ministerial de 10 de marzo de 1995, que ha aprobado nuevos modelos de nota; de ahí que se haya señalado (74) que la mecanización de las notas facilitará la necesaria conexión que debe existir entre las Conservadurías y el Catastro (75).

Sería deseable la exigencia del acompañamiento, junto al resto de documentos necesarios para la transcripción, de un plano de la finca (76), ya que, aunque siempre constarán en la Conservaduría los datos catastrales, y a éstos en el Catastro les viene asignada una parcela en el mapa catastral, debido a la falta de puesta al día del Catastro, pueden producirse desajustes entre parcela catastral y unidad inmobiliaria registral. Y es aquí donde, en nuestra opinión, se encuentra el gran problema de la coordinación que debe existir entre el Catastro y las Conservadurías (77).

Es un punto de partida básico que para poder comparar es necesario que los elementos a comparar vengan dados en las mismas unidades, pues sino el parangón no será proporcional o ecuánime. Esta premisa es la que falta

(73) Para DE VOGLI, S., *Tecnologie informatiche e regime di pubblicità dei beni immobili*, CEDAM, 2002, pág. 74, esta posibilidad supone la eliminación de una de las diferencias más importantes entre los sistemas de transcripción y los de libro fundiario, pues con ello se eliminará «en tiempos relativamente reducidos, las deformidades entre los resultados derivados de los mapas y los resultados jurídicos y de asegurar, para el futuro, una constante coordinación, no teniendo ya importancia el hecho de que los mapas catastrales, parte integrante del libro fundiario, no estén insertados en los Registros Inmobiliarios».

(74) MISEROCCHI, L. A., «“Nuova” meccanizzazione dei Registri Immobiliari e “invalidità” della trascrizione per vizi della nota», *Rivista di Diritto Civile*, 1997, pág. 308.

(75) Se ha llegado incluso a plantear la posibilidad de fusión entre las Conservadurías y las oficinas del Catastro, vid. ARIENZO, A., «Informatica e pubblicità immobiliare, V Congresso Franco-italiano del notariato ligure e provenzale», *Rivista del Notariato*, 1981, pág. 66.

(76) En este sentido, en el ordenamiento español han sido emanadas diversas normas donde se tiene cuidado de este aspecto cartográfico, y así la Instrucción de la DGRN, de 2 de marzo de 2000, sobre implantación de la base cartográfica en el Registro de la Propiedad (BOE de 21 de marzo de 2000) y la reciente Resolución de 28 de abril de 2003, por la que se aprueban los programas y aplicaciones informáticas para la consulta de datos catastrales y la obtención de certificados catastrales (BOE de 14 de mayo de 2003).

(77) El logro de esta coordinación es un objetivo importante en el sistema español, y en ese sentido se han promulgado normas como la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1996), cuyos artículos 50 y siguientes pretenden lograr este objetivo mediante la constancia de la referencia catastral, y la Instrucción de la DGRN, de 26 de marzo de 1999 (BOE de 16 de abril de 1999) aclaratoria de la ley anterior.

en las relaciones Catastro-Conservadurías, porque, como ya se ha visto, el primero gira en torno a las nociones de parcela catastral o unidad inmobiliaria, mientras que es la finca la unidad que sirve de sustrato (a pesar de que sea un sistema de base personal) a la organización de las Conservadurías. Por tanto, es perfectamente posible que a una única finca registral le correspondan varias parcelas catastrales (o unidades inmobiliarias) o, viceversa, que varias fincas vengan a ser delimitadas en el Catastro como una única parcela.

La dificultad anterior ya fue alegada por GIANTURCO (78) para rechazar la idea de la doble finalidad del Catastro (civil y fiscal) y de la correspondencia entre Catastro y libro fundiario: «la unidad catastral es concepto económico de la fuerza contributiva de un fundo, la unidad tabular es concepto jurídico... el Catastro mira a la individualización del objeto, el Registro fundiario a la declaración del derecho» (79).

Este límite no se da, en cambio, en los sistemas germánicos, puesto que allí está vigente el principio conforme al cual a cada «bien inmueble, objetivamente individualizado como distinto y autónomo, debe corresponderle una situación jurídica unitaria» (80).

A pesar de que es cierta la existencia de esa falta de correspondencia entre parcela catastral-unidad fundiaria registral, ello no debe ser obstáculo para desistir de la coordinación, que, en nuestra opinión, debe darse entre ambas instituciones. Con más razón si se tiene en cuenta que hoy en día en la transcripción se contienen los datos catastrales de los inmuebles, pues con ello no se está haciendo más que un reenvío al Catastro, para determinar así las características físicas del predio.

Esta falta de correspondencia debe subsanarse utilizando los medios tecnológicos existentes para que así fuera posible determinar y detectar cuándo a una unidad registral no le corresponde una única parcela catastral (o viceversa), de manera que esta circunstancia no sea impedimento para llegar a la concreción del sustrato físico del fundo. Además, será necesario que ambas instituciones sean mantenidas en consonancia con los cambios que se producen en la realidad (agregaciones, divisiones de finca...), de forma que cuando llegue a conocimiento del Catastro una mutación se lo comunique a la Con-

(78) *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul Diritto Ipotecario. Parte Prima*, 1890, págs. 84-87.

(79) Aunque GIANTURCO, E., *op. cit.*, «Studi e ricerche...», pág. 87, reconoce la existencia de un vínculo entre ambas instituciones, cuando dice: «El Catastro, entonces no tiene por sí mismo, más que el propio fin de declarar el *objeto* del derecho; y por ello también sirve al principio de especialidad, el nexa con los libros fundiarios es, a este respecto, innegable».

(80) TAGLAPIETRA, S., «L'individuazione giuridica dei beni immobili», *Rivista di Diritto Civile*, 1990, pág. 41.

servaduría, y ésta haga lo mismo en el supuesto de que fuera ésta la que tuviera noticia de una mutación.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La falta de existencia en el Derecho italiano de un procedimiento de inmatriculación, que ha intentado paliarse mediante la utilización de los datos catastrales, no ha servido para lograr una verdadera identificación de la finca que permita conocer con exactitud cuál es el contenido del derecho objeto de publicidad. El estado del Catastro en Italia hasta hace unos años no era el adecuado para ofrecer datos lo suficientemente veraces; además, la aplicación atenuada del principio de titulación pública junto con la falta total de publicidad que se da a las transcripciones, facilita que los particulares puedan, sin ningún problema, hacer llegar a las Conservadurías datos erróneos o incluso falsos. Insistimos en la idea de que, aunque los efectos del sistema inmobiliario italiano no sean tan fuertes como aquellos de los sistemas germánicos, sí son lo suficientemente importantes como para que sea precisa una exacta determinación del elemento objetivo de todo derecho, de ahí que no deba olvidarse ni descuidarse la correcta descripción y delimitación de este elemento.

MARGARITA HERRERO OVIEDO
Becaria de investigación del
Departamento de Derecho Civil
de la Universidad de Valladolid

De nuevo sobre el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas: matizaciones acerca del ejercicio con cargo al cual puede procederse a la distribución de cantidades a cuenta de dividendos

1. En anteriores trabajos sobre el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas presté especial atención a los resultados con cargo a los cuales puede una compañía proceder a distribuir cantidades a cuenta de dividendos y, en particular, me detuve a considerar si su reparto podía ser acordado sólo con cargo al ejercicio en curso, sólo con cargo al ejercicio cerrado, o con cargo a cualquiera de ellos.

Actualizando el supuesto del que entonces me serví para ilustrar el problema, y sobre la base de que el ejercicio social coincida con el año natural y se observe lo previsto acerca de la fecha de celebración de la Junta General Ordinaria, el 15 de marzo de 2004, es posible que el último ejercicio respecto del cual se haya acordado la aprobación de cuentas anuales y la aplicación del resultado correspondiente sea el ejercicio de 2002 y que, por tanto, la distribución de cantidades a cuenta de dividendos pueda ser acordada *prima facie* con cargo a los resultados de dos ejercicios distintos, el ejercicio 2003, cuyas cuentas todavía se hallan pendientes de aprobación y su resultado de aplicación, y el ejercicio 2004, todavía en curso.

A diferencia del artículo 15.2.I de la Segunda Directiva (77/91/CEE), de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificación de la sociedad (en

adelante, la «Segunda Directiva»), que admite claramente que el reparto de cantidades a cuenta de dividendos pueda ser acordado con cargo a cualquiera de esos dos ejercicios, la norma interna no es tan precisa en este punto como habría sido deseable. En efecto, y en contra de lo inicialmente propuesto en el Proyecto de Ley (que hacía propio el tenor de la Segunda Directiva), el texto definitivo del artículo 216.1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que «la cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio», y no desde el fin del último ejercicio cuyas cuentas hubieran sido aprobadas.

Esta separación de la redacción final respecto del tenor de la norma comunitaria y del inicialmente propuesto con el Proyecto de Ley, la inexistencia de una posición uniforme en las leyes de los distintos Estados miembros de la Comunidad y el entendimiento de que la alteración del orden natural de atribución de competencias entre Junta General y órgano de administración que rige en esta materia exigía una interpretación restrictiva, me llevó a concluir que en este caso no existía una laguna legal y a propugnar que el reparto de cantidades a cuenta de dividendos únicamente era admisible con cargo a un ejercicio todavía no cerrado (1).

Esta lectura no fue contestada por la doctrina, que bien la asumió o bien, como sucedió mayoritariamente, pasó por alto la cuestión. Sin embargo, puede decirse que la práctica societaria nunca hizo propio este entendimiento y que, desde el primer momento, fueron frecuentes los repartos de dividendos a cuenta con cargo a los resultados de un ejercicio cerrado y antes de la celebración de la Junta General Ordinaria. De hecho, no parece exagerado considerar que, al menos en la práctica, actualmente puede estimarse que es una cuestión pacífica. Esta situación me llevó a reconsiderar la interpretación que propuse en su día —pues es altamente improbable que la práctica se confunda de forma tan constante y arrostre las graves consecuencias que una actuación ilícita podría tener tanto para la compañía (de forma especial en el caso de las sociedades cotizadas) como muy especialmente para sus administradores—, a revisar las razones que la alentaron y, finalmente, a abandonarla.

2. Las líneas que siguen se dedican a construir la tesis favorable a la posibilidad de que las cantidades a cuenta de dividendos puedan distribuirse tanto con cargo al resultado de un ejercicio cerrado y sin cuentas aprobadas como con cargo al resultado de un ejercicio en curso e incluso con cargo

(1) J. MASSAGUER, *Los dividendos a cuenta en la sociedad anónima. Un estudio de los artículos 216 y 217 LSA*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 106-108. Posteriormente mantuve esta interpretación en voz «Dividendos a cuenta», en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Civitas, Madrid, 1955, y en «La distribución de dividendos a cuenta», en *Derecho de los Negocios*, núm. 1, 1990, pág. 9 y sigs.

a ambos. Brevemente expuestas, las claves que le sirven de fundamento son, en primer término, la inexistencia de una solución comunitaria acerca del ejercicio con cargo al cual pueden distribuirse cantidades a cuenta de dividendos y, en particular, de una prohibición comunitaria que impida su reparto con cargo a ejercicios cerrados; en segundo término, la ajenidad de la función de la previsión examinada respecto de la determinación del ejercicio con cargo al cual puede efectuarse la distribución de cantidades a cuenta de dividendos; en tercer término, la salvaguardia de la correspondencia del reparto de dividendos a cuenta con el carácter anual del ejercicio económico como sentido de la divergencia que en este punto se aprecia entre la Ley de Sociedades Anónimas y la Segunda Directiva y, en fin, la inexistencia de conflicto alguno motivado por la atribución de competencia al órgano de administración para decidir la distribución de dividendos a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado.

3. En cuanto el reparto de cantidades a cuenta de dividendos ha sido objeto de la iniciativa legislativa comunitaria, parece sin duda conveniente examinar ante todo las limitaciones o exigencias que pudieran seguirse de la Segunda Directiva en materia de sociedades en relación con el extremo ahora considerado. De conformidad con el artículo 15.2 de la Segunda Directiva:

«Cuando la legislación de un Estado miembro admita el abono de anticipos sobre dividendos, lo someterá al menos a las siguientes condiciones:

- *Se establecerá un estado de cuentas que manifieste que los fondos disponibles son suficientes para la distribución.*
- *El importe a distribuir no podrá exceder del importe de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio cuyas cuentas anuales hubieran sido establecidas, más los beneficios a cuenta nueva y las sumas deducidas de las reservas disponibles a este fin, menos las pérdidas a cuenta nueva y las sumas que deban pasarse en virtud de una obligación legal o estatutaria».*

Esta norma carece, en mi opinión, de pasajes que permitan concluir razonablemente que el Derecho comunitario impone ninguna clase de limitación o exigencia en relación con el ejercicio con cargo al cual pueden efectuarse distribuciones a cargo de dividendos. En particular, no restringe la posibilidad de admitir esta práctica al ejercicio en curso, como tampoco la restringe al ejercicio cerrado cuyas cuentas aún no han sido aprobadas ni su resultado aplicado. Antes bien, ha de convenirse en que la Segunda Directiva deja a los legisladores nacionales en plena libertad para decidir al respecto. En este sentido, no parece dudoso que si, desde la perspectiva ahora considerada,

algún significado hubiera que dar a la referencia que se hace al «*fin del último ejercicio cuyas cuentas anuales hubieran sido establecidas*», tal no debería ser otro sino que los anticipos o cantidades a cuenta de dividendos pueden distribuirse con cargo al ejercicio en curso y con cargo al ejercicio cerrado, puesto que —siempre asumiendo, como no puede ser de otra forma, que la sociedad ha cumplido las previsiones establecidas acerca de la aprobación de cuentas anuales y aplicación del resultado en tiempo debido— en el momento presente y en relación con el último ejercicio con cuentas establecidas pueden mediar hasta otros dos ejercicios: el siguiente, actualmente terminado y sin cuentas establecidas, y el subsiguiente, actualmente en curso, y nada en el tenor del precepto comunitario constriñe al legislador nacional a limitar a uno u otro la posibilidad de efectuar repartos a cuenta, ni aun a admitir que puedan efectuarse con cargo a cualquiera de ellos.

Buena prueba de la libertad en que el artículo 15.2 de la Segunda Directiva deja a los Estados miembros en relación con este extremo es, sin duda, la divergencia que en esta materia puede apreciarse entre las distintas legislaciones internas. Así, al lado de algunas normas que acogen el tenor de la Segunda Directiva y admiten, en consecuencia, la distribución de cantidades a cuenta de dividendos tanto con cargo a un ejercicio cerrado y sin cuentas aprobadas como a un ejercicio en curso, del modo en que prevé el artículo L.232.12 del *Code de Commerce* francés (2), otras únicamente permiten su reparto con cargo a ejercicios ya cerrados, como sucede en el párrafo 59 de la *Aktiengesetz* alemana (3), y otras, en fin, sólo lo autorizan con

(2) Artículo L.232-12 del *Code de Commerce* francés:

«Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes.

Toutefois, lorsqu'un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice. Le montant de ces acomptes ne peut excéder le montant du bénéfice défini au présent alinéa. Ils sont répartis aux conditions et suivant les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Tout dividende distribué en violation des règles ci-dessus énoncées est un dividende fictif».

(3) Párrafo 59 de la *Aktiengesetz* alemana:

«1. Die Satzung kann den Vorstand ermächtigen, nach Ablauf des Geschäftsjahrs auf den voraussichtlichen Bilanzgewinn einen Abschlag an die Aktionäre zu zahlen.

2. Der Vorstand darf einen Abschlag nur zahlen, wenn ein vorläufiger Abschluss für das vergangene Geschäftsjahr einen Jahresüberschub ergibt. Als Abschlag darf höchstens die Hälfte des Betrags gezahlt werden, der von dem Jahresüberschub nach Abzug der Beträge verbleibt, die nach Gesetz oder Satzung in Gewinnrücklagen einzustellen

cargo a un ejercicio en curso, como hacen el artículo 297 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués (4), el artículo 2.433-bis del *Codice Civile* italiano (5) o el artículo 618 del *Code des Sociétés* belga (6).

sind. Außerdem darf der Abschlag nicht die Hälfte des vorjährigen Bilanzgewinns übersteigen.

3. *Die Zahlung eines Abschlags bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats.*

(4) Artículo 297 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués:

«1. O contrato de sociedade pode autorizar que, no decurso de um exercício, sejam feitos aos accionistas adiantamentos sobre lucros, desde que observadas as seguintes regras:

a) O conselho de administração ou a direcção, com o consentimento do conselho fiscal ou do conselho geral, resolva o adiantamento.

b) A resolução do conselho de administração ou de direcção seja precedida de um balanço intercalar, elaborado com a antecedência máxima de 30 dias e certificado pelo revisor oficial de contas, que demonstre a existência nessa ocasião de importâncias disponíveis para os aludidos adiantamentos, que deverão observar, no que for aplicável, as regras dos artigos 32.º e 33.º, tendo em conta os resultados verificados durante a parte já decorrida do exercício em que o adiantamento é efectuado.

c) Seja efectuado um só adiantamento no decurso de cada exercício e sempre na segunda metade deste.

d) As importâncias a atribuir como adiantamento não excedam metade das que seriam distribuíveis, referidas na alínea b).

2. Se o contrato de sociedade for alterado para nele ser concedida a autorização prevista no número anterior, o primeiro adiantamento apenas pode ser efectuado no exercício seguinte àquele em que ocorrer a alteração contratual».

(5) Artículo 2.433-bis del *Codice Civile* italiano:

«La distribuzione di acconti sui dividendi deve essere prevista dallo statuto ed e deliberata dagli amministratori dopo la certificazione e l'approvazione del bilancio dell'esercizio precedente.

Non è consentita la distribuzione di acconti sui dividendi quando dall'ultimo bilancio approvato risultino perdite relative all'esercizio o a esercizi precedenti.

L'ammontare degli acconti sui dividendi non può superare la minor somma tra l'importo degli utili conseguiti dalla chiusura dell'esercizio precedente, diminuito delle quote che dovranno essere destinate a riserva per obbligo legale o statutario, e quello delle riserve disponibili».

(6) Artículo 618 del *Code des Sociétés* belga:

«Les statuts peuvent donner au conseil d'administration le pouvoir de distribuer un acompte à imputer sur le dividende qui sera distribué sur les résultats de l'exercice.

Cette distribution ne peut avoir lieu que par prélèvement sur le bénéfice de l'exercice en cours, le cas échéant réduit de la perte reportée ou majeure du bénéfice report, à l'exclusion de tout prélèvement sur des réserves constituées et en tenant compte des réserves à constituer en vertu d'une disposition légale ou statutaire.

Elle ne peut en outre être effectuée que si, sur la vu d'un état, vérifié para le commissaire et résumant la situation active et passive, le conseil d'administration constate que le bénéfice calculé conformément à l'alinéa 2 est suffisant pour permettre la distribution d'un acompte.

Le rapport de vérification du commissaire est annexé à son rapport annuel.

La décision du conseil d'administration de distribuer un acompte ne peut être prise plus de deux mois après la date à laquelle a été arrêtée la situation active et passive.

La distribution ne peut être décidée moins de six mois après la clôture de l'exercice précédent ni avant l'approbation des comptes annuels se rapportant à cet exercice.

En suma, la interpretación de lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas acerca del ejercicio con cargo al cual pueden distribuirse las cantidades a cuenta de dividendos no se encuentra predeterminada por ninguna clase de exigencia de fidelidad comunitaria.

4. Siendo esto así, ha de advertirse a continuación que el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas, como sucede asimismo con el artículo 15.2 de la Segunda Directiva, carece de una previsión específicamente dirigida a establecer el ejercicio con cargo al cual se puede efectuar el reparto de dividendos a cuenta. Ello resulta especialmente evidente en cuanto se repara en el tenor de los preceptos que regulan este extremo en los ordenamientos societarios de Estados miembros de la Unión Europea: los términos en que tales preceptos abordan esta cuestión son rotundos y no dejan lugar a duda acerca del objeto y propósito de la norma en cuestión (7), y ciertamente no encuentran en el artículo 15.2 de la Directiva.

En este mismo orden de ideas, el contraste del artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 15.2 de la Segunda Directiva con esas normas internas debe conducir a concluir, de un lado, que en realidad la norma interna se alinea con la comunitaria y, de otro lado, que el pasaje que ahora nos ocupa, esto es, la referencia al «último ejercicio cerrado», no tiene por finalidad precisar el ejercicio con cargo al cual se pueden repartir cantidades a cuenta de dividendos y, aún más, que no puede ser lícitamente invocado con el propósito de entrever una regulación al respecto.

En efecto, la finalidad del primer inciso del artículo 216.b) de la Ley de Sociedades Anónimas es bien distinta y evidente: el establecimiento de un límite al importe máximo que por vía de dividendos a cuenta es posible distribuir entre los accionistas. Y la solución que al respecto se adopta en nada condiciona ni presupone la solución que pudiera haberse adoptado en relación con el ejercicio con cargo al cual se pueden repartir las cantidades a cuenta de dividendos. Así lo confirma, además, la correspondencia que se observa entre ese inciso, y por extensión el equivalente del artículo

Lorsqu'un premier acompte a été distribué, la décision d'un distribuer un nouveau ne peut être prise que trois mois au moins après la décision de distribuer la premier.

Lorsque les acomptes excèdent le montant du dividende arrêté ultérieurement par l'assemblée générale, ils sont dans cette mesure, considérés comme un acompte à valoir sur le dividende suivant».

(7) Tal es el caso, en efecto, del párrafo 59 de la Aktiengesetz alemana («nach Ablauf des Geschäftsjahrs auf den voraussichtlichen Bilanzgewinn einen Abschlag an die Aktionäre zu zahlen»), del artículo 297 del Código das Sociedades Comerciais portugués («no decurso de um exercício... tendo em conta os resultados verificados durante a parte já decorrida do exercício em que o adiantamento é efectuado»), del artículo 2.433-bis del Codice Civile italiano («dopo la certificazione è l'approvazione del bilancio dell'esercizio precedente»), y del artículo 618 del Code des Sociétés belga («Cette distribution ne peut avoir lieu que par prélèvement sur le bénéfice de l'exercice en cours»); vid. *supra* en notas 5 a 8.

lo 15.2 de la Segunda Directiva, y el párrafo tercero del artículo 2.433-bis del *Codice Civile* italiano, que exige distribución con cargo a ejercicio en curso (8), o el penúltimo inciso del párrafo segundo del artículo L.232-12 del *Code de Commerce* francés, que permite distribución con cargo a ejercicio cerrado en curso (9).

5. La divergencia existente entre el tenor del artículo 216.b) de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 15.2.b) de la Segunda Directiva, de otro lado, no puede explicarse en clave de regulación del ejercicio con cargo al cual pueden distribuirse dividendos a cuenta. Antes bien, su finalidad no es otra que evitar ciertas dudas que pudiera suscitar la redacción de esta última norma.

En este sentido, ha de repararse en que, leído literalmente, el precepto comunitario podría dar lugar a consecuencias que no se ajustan en absoluto a uno de los principios clave de la organización económico-contable de la sociedad anónima, como es la anualidad y separación de los ejercicios sociales. El límite al importe de los dividendos a cuenta se establece en la norma comunitaria por referencia a los resultados obtenidos en un período de tiempo que, en principio, puede comprender dos ejercicios distintos: el ejercicio cerrado con cuentas anuales sin aprobar que sigue al «*último ejercicio cuyas cuentas hubieren sido establecidas*» y el ejercicio subsiguiente en curso. Llevado al extremo, de ahí podría seguirse que el importe máximo de los dividendos a cuenta distribuidos con cargo a un ejercicio podría resultar de la suma de beneficios obtenidos en dos ejercicios distintos.

Sin lugar a dudas, tal interpretación literal debe rechazarse por exigencias de orden sistemático, como son la necesidad de coherencia en esta pieza de la organización económico-contable de una compañía anónima que es la distribución de cantidades a cuenta de dividendos con un principio fundamental en la materia, como es la periodificación anual de la actividad social y la separación entre ejercicios, y otro específico de la aplicación del resultado, como es la aplicación anual o, si se prefiere: individualizada para cada ejercicio, de los resultados que lucen en las cuentas anuales. A aquella lectura literal e incorrecta pone en todo caso remedio precisamente la desviación que se aprecia entre el artículo 216.b) de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 15.2.b) de la Segunda Directiva en este punto. En particular, la sola referencia al «*último ejercicio*» asegura la correspondencia entre resultados y ejercicio, y evita la acumulación de dos ejercicios, sin que, como resulta tanto de la finalidad de este pasaje como del precedente comunitario, nada imponga entender que el «*último ejercicio*» es necesariamente el último ejercicio respecto del momento en que se distribuyen los dividendos a cuenta.

(8) *Vide supra* en nota 7.

(9) *Vide supra* en nota 4.

Dicho en otros términos, la falta de regulación comunitaria sobre el ejercicio con cargo al cual se pueden repartir dividendos a cuenta, el paralelismo que existe entre la estructura del precepto español y la del comunitario y la finalidad propia del pasaje que nos ocupa (limitación del montante de la distribución) conduce a concluir que el «último ejercicio» al que se refiere el inciso primero del artículo 216.2.b) de la Ley de Sociedades Anónimas es el último ejercicio anterior al considerado en cada caso, esto es, al ejercicio a cuyo cargo se distribuyen las cantidades a cuenta de dividendos.

En la lógica de las cosas está, por ello, que el último ejercicio que en cada caso deba considerarse a los efectos de cumplir los demás requisitos previstos en la letra b) del artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas se determine en función del ejercicio con cargo al cual se ha de acordar el reparto de dividendos a cuenta. Precisamente, la norma que no fijara el máximo de la cantidad a cuenta de dividendos en atención a los resultados del ejercicio en cuestión, y en particular la que lo hiciera por referencia al ejercicio siguiente, no sólo pugnaría de forma inaceptable con el principio de anualidad y separación de los ejercicios y de los acuerdos sobre aplicación de resultados, sino que además carecería de toda explicación razonable. A mayor abundamiento, esta interpretación conduciría a resultados difícilmente explicables, como permitir la distribución de dividendos a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado sin cuentas aprobadas en el que se hubieran producido pérdidas si en el siguiente en curso se han obtenido resultados positivos.

Así las cosas, si los dividendos a cuenta se acuerdan con cargo a un ejercicio cerrado sin cuentas aprobadas, los resultados que deben tomarse en consideración para fijar su importe máximo son precisamente los correspondientes a ese ejercicio, y no al siguiente en curso, y si se acuerdan con cargo a un ejercicio en curso sólo se considerarán a estos efectos los resultados obtenidos desde el cierre del ejercicio anterior, hayan sido aprobadas sus cuentas anuales o no. Del mismo modo, la única estimación de impuestos que a estos efectos resulta de interés es la que concierne a los impuestos de ese ejercicio, y no del siguiente en curso, como en el caso de que se distribuyan con cargo a un ejercicio en curso la detracción para pago de impuestos únicamente se ha de calcular en relación con los impuestos de ese ejercicio en curso, y no del anterior aun cuando sus impuestos no hubieran sido satisfechos.

6. Reconocida legalmente la competencia del órgano de administración para acordar la distribución de cantidades a cuenta de dividendos, en fin, el orden natural de atribución de competencias entre la Junta General y el órgano de administración no parece que se resienta especialmente por la posibilidad de que tal reparto sea acordado por éste una vez cerrado el ejercicio. De hecho, la legislación alemana, que como se ha visto únicamente admite el reparto de dividendos a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado, atribuye al

Vorstand la competencia para la adopción del correspondiente acuerdo (10). Y lo cierto es que, bien miradas las cosas, no es dudoso que, cerrado el ejercicio con cargo al cual se han de repartir los dividendos a cuenta, la seguridad de esta operación es mayor: se ha de conocer, si no con toda exactitud, sí al menos con un escaso margen de error, el resultado del ejercicio y, por tanto, no se ha de afrontar el riesgo de pérdidas futuras que pongan en tela de juicio la oportunidad del reparto a cuenta o incluso que excedieran de la parte del resultado positivo no repartido a cuenta. Aún más, precisamente por razón del alejamiento que ello entraña en relación con el momento en el que se ha de controlar el mérito de esta decisión, podría incluso parecer más intensa la alteración del orden natural de atribución de competencias entre los órganos sociales en el caso de que los dividendos a cuenta se repartan con cargo al ejercicio en curso. No puede pasarse por alto, bajo este aspecto, la proximidad relativa entre el acuerdo de distribución de cantidades a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado y la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales, en cuya memoria se incluye el estado contable elaborado para decidir su reparto [art. 216.a) *in fine* LSA], y censurar la gestión social.

JOSÉ MASSAGUER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Pompeu Fabra
Profesor del Instituto de Empresa

(10) *Vide supra* en nota 5.

Derecho de propiedad y derecho a edificar

SUMARIO: I. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA: 1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO. 2. LA CONFIGURACIÓN DEL *DOMINIO DIVIDIDO* MEDIEVAL. 3. EL RETORNO A LA PROPIEDAD ABSOLUTA.—II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD: 1. INDICIOS DE SOCIALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DECIMONÓNICA. 2. LAS LEYES DEL SUELO PRECONSTITUCIONALES. 3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.—III. EL DERECHO A EDIFICAR COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA.—IV. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD.—V. CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO «MONOPOLIO DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA».

La propiedad es un derecho que evoluciona con el tiempo. Su contenido y función varía según las circunstancias históricas y según la ideología imperante. Por ello no cabe hablar de crisis actual del derecho de propiedad sino de modalización o adaptación de la institución al momento histórico que vivimos (1). El derecho de propiedad en la actualidad es un derecho *socializante*, un instrumento del moderno Estado Social y Democrático de Derecho, para organizar armónicamente a la sociedad. Hoy en día, con la regulación de la propiedad, no se persigue únicamente el interés individual y exclusivo de su titular, tal y como ocurría en la época liberal, sino también el *interés general* de la comunidad.

I. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

La propiedad o el dominio pueden definirse, con carácter general, como aquel derecho real que otorga a su titular el mayor poder que existe sobre una cosa. No obstante, la configuración y el contenido de este derecho han varia-

(1) ANGOSTO SÁEZ, JOSÉ FULGENCIO, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia, 1998, pág. 18.

do según las circunstancias históricas (2). El derecho de propiedad es, en efecto, un derecho que ha marcado cada etapa histórica, de tal modo que, como afirma un insigne autor, con la historia de la propiedad se explica la historia de la humanidad (3).

1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano clásico se distinguía la propiedad *in bonis habere* de la propiedad *ex iure quiritium* (4). La primera recaía sobre las cosas *nec mancipi* y la segunda se refería a las *res mancipi* (5). Las *res mancipi*, bienes susceptibles del dominio *ex iure Quiritium* (6), sólo podían adquirirse por la

(2) En general, sobre el derecho de propiedad en España, y sin ánimo de ser exhaustivos, pueden citarse las siguientes obras: CÁRDENAS, FRANCISCO DE, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Imprenta de J. Noguera, Madrid, 1873; ALONSO MARTÍNEZ, M., *Estudios sobre el derecho de propiedad*, Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tomo III, Madrid, 1875; AZCÁRATE, GUMERSINDO, *Ensayo sobre el derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, 3 vols., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879 a 1882; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *La propiedad y sus problemas actuales*, 2.^a edición revisada y ampliada, Instituto Editorial Reus, 1963; MONTES PENADÉS, VICENTE, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo: un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1980; LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988; LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989; RIVERO HERNÁNDEZ, *Idea general de la propiedad en la etapa precodicial*, Centenario del Código Civil, Madrid, 1990; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993; *Historia de la Propiedad en España, Siglos XV-XX*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, que recoge las ponencias del Encuentro Interdisciplinar celebrado en Salamanca en junio de 1998.

(3) AZCÁRATE, GUMERSINDO, «Ensayo sobre el derecho de propiedad y su estado actual en Europa», *op. cit.*, págs. 16 y sigs.

(4) Sobre la regulación del derecho de propiedad en Roma, vid. MAYNZ, CARLOS, *Curso de Derecho Romano*, traducido por Antonio José Pou y Ordinas, Tomo I, Segunda edición, Jaime Molinas Editor, Valencia, 1892, págs. 730 y sigs. D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, Octava edición revisada, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, págs. 179 y sigs.

(5) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 732, cita las palabras de Ulpiano XIX, 1; «*omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aqueductus* (Gayo, II, 17, 29) *item servi et quadrupes quae dorso collove domantur, velut boves, muli equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt: elephantum et camelum, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt*».

(6) El dominio *ex iure Quiritium* era la propiedad garantizada por la República y exigía tres condiciones: capacidad personal del individuo, capacidad de la cosa y modo de adquisición conforme al Derecho Civil de los romanos.

mancipatio (7) o por la *in iure cessio* (8). Por contra, la transmisión de las *res nec Mancipi*, exigía sólo la tradición.

Con el tiempo se fueron eliminando las diferencias entre ambos tipos de dominio, llegándose a una unificación del Derecho de propiedad con la derogación de la exención de tributos a la propiedad quiritaria en tiempos de Augusto y con la generalidad de la Constitución de ciudadanía dada por Caracalla. En virtud de estas reformas, en el Derecho Romano nuevo no hay más que una sola especie de propiedad. La antigua división entre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi* desaparece totalmente, la *mancipatio* y la *in iure cessio* son reemplazados por la simple tradición, y la *rei vindicatio* se concede a toda propiedad (9).

El propietario en el Derecho Romano tenía un poder casi omnímodo sobre la cosa. La propiedad se definía de forma abstracta, como la suma de todos los poderes posibles, indefinidos *a priori*, sobre un bien. Como consecuencia de esta concepción se predicaba de la propiedad su carácter elástico, en el sentido que podía verse desprovista circunstancialmente de ciertas facultades sin dejar de ser propiedad. De este modo el propietario atraía para sí todas las facultades sobre la cosa que no hubieran sido atribuidas a otra persona. Se establece, por lo tanto, una idea unitaria de la propiedad entendida como poder absoluto, ilimitado y exclusivo (10). La propiedad es el conjunto de todas las facultades, de todas las posibilidades de actuación del dueño.

En cuanto al *ius aedificandi*, éste no era más que una de las múltiples facultades que ostentaba el *dominus*. En el Derecho Romano ya se establecieron normas que regulaban y limitaban la facultad de edificar. Así en la Ley de las XII Tablas, para impedir la demolición de los edificios se prohibía al propietario de los materiales empleados en las construcciones, el derecho de pedir la devolución de estos materiales, concediéndole, a título de indemnización, el doble de su valor. Por una razón análoga, algunos edictos de Adriano y Vespasiano y varios senadores consultos prohibieron quitar de las casas en las ciudades y quintas en el campo, *domus et villae*, las estatuas, columnas, etc., que les servían de adorno, demoler estas casas con objeto de lucro o venderlas para ser derribadas. Se estableció el deber de tolerar la pared del vecino que hiciera salida, siempre que ésta no excediera de medio pie (11). Se dictaron varios edictos imperiales determinando la altura máxima

(7) La *mancipatio* era un acto solemne celebrado ante cinco testigos, representantes de las cinco clases de pueblo.

(8) La *in iure cessio* era un acto verificado ante el Pretor.

(9) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 740.

(10) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 741.

(11) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 748.

de los edificios (12). En el Codex también se encuentran disposiciones que limitaban el *ius aedificandi* para proteger las vistas al mar (13).

2. LA CONFIGURACIÓN DEL *DOMINIO DIVIDIDO* MEDIEVAL

Con el declive del Imperio Romano y su invasión por los denominados pueblos bárbaros se produjo un cambio en las estructuras sociales y jurídicas que provocó la aparición de una nueva concepción de la propiedad. La propiedad deja de tener el carácter absoluto que tenía en el Derecho Romano clásico, y se produce la llamada *división del dominio*, esto es, el reparto de los poderes sobre la tierra entre el propietario y el beneficiario, entre el concesionario y el siervo.

La *propiedad beneficiaria* al principio estaba constituida por las concesiones hechas por los reyes a los nobles o por éstos a los plebeyos, incorporándose posteriormente, bajo idéntico régimen, la propiedad alodial en la que, por iniciativa de su dueño, se *recomendaba* a un señor a cambio de diversos servicios, como la protección. Cuando los vínculos derivados de esta propiedad beneficiaria se hacían hereditarios pasaban a denominarse feudo. La *propiedad censual* consistía en el disfrute de unos terrenos a cambio del pago de un canon. Finalmente, la *propiedad servil*, último escalón en el ámbito de las relaciones hombre-cosa, consistía también en la posesión por parte de los siervos de una tierra señorial, pero estando unidos y ligados con la tierra misma, con una libertad restringida y prestando, además de la correspondiente aportación económica periódica, todo tipo de servicios de carácter temporal (14).

Con el transcurrir del tiempo y debido a las presiones de los concesionarios de las tierras, la propiedad beneficiaria y los oficios u honores se convirtieron en hereditarios (15). El fortalecimiento de los derechos de los concesionarios provocó la calificación de estos poderes como *dominio útil* frente al *dominio directo o eminente* del señor propietario (16).

(12) La altura de los edificios fue limitada, por ejemplo, por Augusto en la *Lex Julia de modo aedificorum urbis*.

(13) Codex, 8, 10, 12, 4.

(14) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, «La propiedad y sus problemas actuales», *op. cit.*, pág. 111.

(15) Los oficios u honores consistían en el ejercicio de funciones públicas que llevaban anejas el derecho a percibir una parte de los impuestos recaudados en el ámbito territorial en que tales funciones se desarrollaban.

(16) FEBRERO, JOSÉ, *El febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces*, Tomo segundo, octava impresión, Madrid, 1825, pág. 313, califica este tipo de dominio como *imperfecto*: «El imperfecto es el que tiene dos o más en una alhaja, v.gr., el señor del directo en el feudo o enfiteusis, y del útil que es el feudatario, enfiteuta, superficiario, y usufructuario, y el que por largo tiempo tiene locada alguna finca, pues cada uno de estos reconoce a otro por dueño igualmente de ella, y no es solo».

Con el enfeudamiento progresivo se incrementaron los vínculos de fidelidad en perjuicio de las relaciones de obediencia debidas al Rey por todos sus súbditos. La herencia de los beneficios y de los oficios llevó consigo una fusión de soberanía y propiedad, dejando la primera de estar en poder del Rey y pasando a los señores-propietarios (17). *Señor* es llamado el que tiene dominio sobre todos los que viven en territorio o potestad de armar caballeros; y *vasallo* el que recibe de su señor honra, beneficio, tierra, dinero o cosa semejante (18).

Por lo que respecta a la facultad de edificar, en el Derecho español medieval también se encuentran algunas normas que tratan de limitarla (19).

3. EL RETORNO A LA PROPIEDAD ABSOLUTA

Durante la Edad Moderna se produce, de forma progresiva, la decadencia del régimen feudal en su aspecto político, de modo que la soberanía vuelve a unificarse bajo el poder absoluto del monarca. Por lo que respecta al ámbito puramente civil, la transformación de la situación jurídica de las tierras y de la concepción de la propiedad coincide con la Revolución Francesa. Bajo la máxima «*Libertad, igualdad y fraternidad*», se busca una propiedad libre de ataduras y por ello se abole la división del dominio, concentrando la propie-

(17) Sobre la teoría de la fusión entre soberanía y propiedad y sus diversos factores, vid. ANGOSTO SÁEZ, JOSÉ FULGENCIO, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*, Universidad de Murcia, 1998, págs. 23 y sigs. Según el citado autor, esta fusión se produce, en primer lugar, a causa de la jurisdicción delegada por el monarca en los grandes señores que ejercían así funciones de Derecho Público. En segundo lugar, a causa de la *inmunidad* concedida también por el Rey al señor y los habitantes de un territorio en virtud de la cual quedaban exentos de la jurisdicción real. Finalmente, por la jurisdicción patrimonial ejercitada por el cedente respecto a los cesionarios de sus tierras.

(18) FEBRERO, JOSÉ, *El febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces*, Tomo segundo, octava impresión, Madrid, 1825, pág. 311: «*Los señores tienen derecho a que sus vasallos les paguen las contribuciones que el Rey les concedió, por estar subrogados en el suyo, y a que los amen, honren, guarden y sirvan fielmente en paz y en guerra; pero deben corresponderles mutuamente*».

(19) En las Partidas, por ejemplo, se establecen unas limitaciones en las construcciones, con la pretensión de mantener las alineaciones, de forma que no pudieran sobresalir hacia la carrera más allá de lo que acostumbraban a hacerlo los vecinos del lugar.

Partida Tercera, Título XXXII, Ley 25: «*Otrosi decimos que torre ó casa queriendo algunt home facer de nuevo en lo suyo, puédelo facer dexando tanto espacio de tierra fasta la carrera quanto costumbraron los otros sus vecinos de aquel logar, et puédela alzar quanto quisiere, guardándose todavía que non descubra mucho las casas de sus vecinos*» (Fuente: «Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio», *op. cit.*, Tomo II, pág. 781). CARRASCO, «Ius aedificandi y accesión», *op. cit.*, pág. 38, al comentar este párrafo de las Partidas recuerda que Gregorio López glosa el «*quanto costumbraron*», señalando que «*consuetudo in aedificando est servanda*». Así pues, la *consuetudo* actúa como una regla limitadora de la *libertas aedificandi*.

dad en manos de los titulares de uno de ellos. Se vuelve por lo tanto a la concepción individualista, unitaria y absoluta de la propiedad preconizada por los romanistas.

En cuanto al derecho a edificar, si bien se mantenía un concepto absoluto del derecho de propiedad, existían también algunos límites (20). El control de la edificabilidad era competencia de las ciudades y de los pueblos (21).

En la época de la Codificación, el derecho de propiedad se configura definitivamente como un derecho subjetivo de carácter absoluto, un ámbito de libertad exclusivo, tan sólo limitado por las disposiciones legales. Según la concepción liberal, imperante en la propiedad codificada, la propiedad es un derecho absoluto que además sólo persigue fines individuales. En este sentido, puede considerarse que los Códigos del siglo XIX retomaron, en cierto modo, la concepción romana de la propiedad (22).

Claro exponente de esta concepción individualista y liberal de la propiedad es el artículo 544 del Código Civil francés de 1804, según el cual la propiedad es el «derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la forma más absoluta» (23).

El Código Civil español también estuvo influenciado por la corriente de pensamiento liberal, y su artículo 348 configura el derecho de propiedad como un derecho subjetivo, definiéndolo como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Señala el artículo que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

(20) En España, por ejemplo, con la Ordenanza de Edificios, de 3 de diciembre de 1538, dictada por Carlos I, se impuso el ensanchamiento de las calles y la prohibición y limitación de vuelos y saledizos, para embellecer y mejorar la salubridad de la ciudad de Granada. Sobre esta Ordenanza, véase ESCRIBANO COLLADO, *La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen*, Madrid, 1979, págs. 42 y sigs.

(21) En la Ordenanza de Intendentes y Corregidores de 1749 se preveía que «*las Justicias de las ciudades, villas y pueblos, se esmeren en su limpieza, ornato, igualdad y empedramiento de las calles y que no permitan desproporción ni desigualdad en las fábricas que se hicieren de nuevo y muy particularmente atenderán a que no se deforme el aspecto público, con especialidad en las ciudades y villas populosas*» (Novísima Recopilación, L. 2, T. XXXII, L. VII).

(22) ALONSO PÉREZ, MARIANO, «La propiedad en el Código Civil», en *Historia del Derecho de Propiedad*, siglos XV-XX, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 481.

(23) BIRET, M., *Applications au Code Civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste*, Tome I, Arthus Bertrand, Libraire, Paris, 1824, pág. 207, pone de relieve la influencia del Derecho Romano en el Código Civil francés en materia de Derecho de propiedad al citar como precedente del artículo 544 del Código Civil francés, la Ley 21, *Cod. Mandati*, «*Dominium, est jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*».

Del artículo 348 del Código Civil se deriva que la propiedad consiste en la suma de las facultades de goce, disfrute y reivindicación. Dado el carácter absoluto que tenía la propiedad en el pensamiento liberal, dentro de las facultades del artículo 348 puede considerarse también incluida la *facultas aedificandi* en cuanto a los bienes inmuebles (24).

En el Código Civil español la regulación del derecho de propiedad tiene por finalidad la satisfacción de los intereses exclusivos de los propietarios (25). Sin embargo, son varios los autores que consideran que la regulación de la propiedad en el Código no resultaba acorde con la época en la que se promulgó (1889), época caracterizada por la progresiva industrialización en las ciudades y el minifundismo y latifundismo en el campo (26). A finales del siglo XIX las ideologías socializantes mostraban ya que el individualismo exacerbado que imperaba en el derecho de propiedad había de ser corregido en beneficio de intereses generales. El derecho de propiedad aparecía entonces junto con tres nociones históricamente ajenas al mismo como son la de «deber», la de «límites» y la de «función social» (27).

II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La funcionalización de la propiedad significa una nueva metamorfosis del instituto dominical. La propiedad se atribuye y se ejercita no sólo para satisfacer los intereses individuales de su titular, sino también en función de determinados intereses de la colectividad que el Ordenamiento considera dignos de protección. La doctrina ha señalado incluso que la incorporación de la

(24) El artículo 350 del Código Civil especifica que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en el terreno las obras que le convenga, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía.

(25) Sin embargo, el Código español es, en cierto modo, menos «liberal» que el francés y así, por ejemplo, en el artículo 348 del Código Civil no se hace referencia al carácter absoluto de la propiedad que sí especificaba el artículo 544 del *Code Napoléon* de 1804. Quizá, el codificador español de 1889 fue influenciado por las corrientes de pensamiento contrarias a los efectos negativos del liberalismo que empezaron a desarrollarse a lo largo del siglo XIX.

(26) COCA PAYERAS, MIGUEL, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 163 y sigs., expone la distancia que mediaba entre el concepto de propiedad establecido en el artículo 348 del Código Civil y la realidad social española, como consecuencia del largo proceso de codificación, que ocupó casi todo el siglo XIX. ALONSO PÉREZ, MARIANO, «La propiedad en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 493 y 494, también pone de relieve el anacronismo del artículo 348 del Código Civil.

(27) COCA PAYERAS, MIGUEL, «Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica», *op. cit.*, pág. 164.

función social al derecho de propiedad transforma no sólo la propiedad sino su propia configuración como derecho subjetivo.

Desde esta perspectiva, la propiedad privada no es sólo, tal y como se entendía tradicionalmente, un derecho subjetivo sino una *situación jurídica* compleja donde confluyen un *ámbito de poder*, esto es, un conjunto de facultades o poderes, y un *ámbito de responsabilidad* entendido como un núcleo de deberes del propietario, con su correspondiente sanción en caso de incumplimiento (28).

1. INDICIOS DE SOCIALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DECIMONÓNICA

Ya en la segunda mitad del siglo XIX, con anterioridad a la promulgación del Código Civil español, se encuentran algunos indicios de la paulatina *socialización* del derecho de propiedad. Así por ejemplo, el Proyecto de Ley de 30 de diciembre de 1861, sobre Saneamiento, Ensanche y otras Mejoras de las poblaciones, denominado Proyecto Posada Herrera, trataba de limitar el derecho de propiedad, y en particular la facultad de edificar, en beneficio de los intereses colectivos (29). Este Proyecto constituye en España el primer intento de consideración unitaria de la problemática urbanística (30). Sin embargo el Proyecto no llegó a aprobarse al chocar frontalmente con la concepción individualista del derecho de propiedad imperante en aquellos tiempos.

En realidad el urbanismo español del siglo XIX tuvo como preocupación única el ensanche de las poblaciones (31). De allí que en los textos normativos de la época se aprecia una liberalización del *ius aedificandi*. Así, por ejemplo, para fomentar la construcción de viviendas en los alrededores de la ciudad, se aprobó la Ley de Ensanche, de 29 de junio de 1864, y el Real Decreto, de 25 de abril de 1867, sobre urbanización de los ensanches (32).

(28) En este sentido, véanse ESCRIBANO COLLADO, «La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen», *op. cit.*, pág. 119; Díez PICAZO, «Problemas jurídicos del urbanismo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 43, enero-abril, 1964, pág. 48.

(29) En este proyecto de ley se incidía de forma novedosa en el régimen de limitaciones y deberes de los propietarios por razones urbanísticas. De este modo se contemplaba la cesión obligatoria y gratuita de terrenos para viales, la rectangularización de solares, la determinación de las anchuras de las calles y altura de los edificios, la existencia de una parcela mínima edificable y los sistemas de agrupación de las parcelas inferiores a ésta, la necesidad de licencia previa para edificar, etc. También se adoptaba una nueva configuración de la expropiación forzosa.

(30) CARRASCO PERERA, «Ius aedificandi y accesión», *op. cit.*, pág. 50.

(31) BASSOLS COMA, MARTÍN, *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español: 1812-1956*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 60.

(32) Señala ANGOSTO SÁEZ, JOSÉ FULGENCIO, «El *ius aedificandi* y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano», *op. cit.*, pág. 39, que esta Ley de Ensanche fue sustituida por la de 22 de diciembre de 1876, adaptadora a la nueva Ley Municipal de 1870

2. LAS LEYES DEL SUELO PRECONSTITUCIONALES

Pese a existir algunos textos legales decimonónicos en los que se atisba la voluntad del legislador de proteger intereses colectivos a través de la regulación del instituto dominical, es necesario esperar a la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, para que aparezca con claridad el concepto de *función social de la propiedad*. Esta Ley configuró un verdadero Código de Urbanismo, regulando de forma conjunta, armónica y exhaustiva todo lo relacionado con la propiedad urbanística. El objetivo fundamental de la citada ley consistía en solucionar la reserva de suelo y la especulación y en conseguir el bienestar general (33).

En la Ley de 1956 se estableció por lo tanto un régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización de acuerdo con la *función social* que tiene la propiedad y, en este sentido, se señalan limitaciones y cesiones obligatorias de terrenos a los propietarios para la realización de obras de urbanización. Se impone también la expropiación y la venta forzosa como sistemas sancionadores para evitar los incumplimientos de las disposiciones urbanísticas.

La Ley del Suelo de 1956 fue reformada por la Ley de 2 de mayo de 1975, y posteriormente refundida en el Texto articulado aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. Esta legislación supuso un paso al frente en la socialización de la propiedad, al entenderse que corresponden a la comunidad parte de las plusvalías generadas por la urbanización, imponiéndose así la cesión obligatoria del 10 por 100 del aprovechamiento medio (34). El Texto Refundido de 1976 fue derogado por la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Jurídico y Valoraciones del Suelo, y por el TRLS/92 (35).

de los principios ya contenidos en las normas anteriores. Posteriormente, la Ley de 26 de julio de 1892 estableció el régimen jurídico aplicable al ensanche de Madrid y de Barcelona. Este mismo régimen fue aplicado, años más tarde, a las ciudades de Bilbao, Valencia, Cartagena y Cádiz.

(33) En el apartado III de su Exposición de Motivos se señalaba: «*si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad*».

(34) ANGOSTO SÁEZ, «El *ius aedificandi* y el derecho de propiedad sobre suelo urbano», *op. cit.*, pág. 61.

(35) Sin embargo, la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró inconstitucional la Disposición Derogatoria del TRLS/1992, al no estar dentro de la competencia del legislador estatal la derogación de normas preconstitucionales cuya materia regulada hubiera sido asumida como competencia exclusiva por las Comunidades Autónomas. Posteriormente la LS/98 derogó el TRLS/1992. Actualmente el Urbanismo en España se rige por las distintas leyes autonómicas que se han ido aprobando en los últimos años.

3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Con la Constitución española de 1978 se eleva a rango constitucional la *socialización* del derecho de propiedad al establecerse el criterio de la *función social* como elemento determinante del contenido de este derecho.

En el artículo 33 CE se reconoce el derecho a la propiedad privada (36), sin embargo éste no se concibe como un derecho absoluto y omnímodo que persigue únicamente la satisfacción del interés particular, sino como un derecho delimitado por su *función social* (37).

El derecho de propiedad, al ubicarse dentro del Capítulo II del Título Primero, *De los derechos y deberes fundamentales*, de la Carta Magna, goza de la garantía prevista en el artículo 53.1 CE, según el cual, los derechos fundamentales sólo pueden regularse por ley, que en todo caso deberá respetar su «contenido esencial» (38).

Tal y como se desprende del artículo 33 CE, el contenido esencial del derecho de propiedad está íntimamente ligado al concepto de *función social*. La referencia a la función social en este precepto constitucional significa que el derecho a la propiedad privada no es un mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre un bien, un haz de facultades individuales sobre las cosas, sino también *un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir* (39). La fijación del contenido esencial del derecho de propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe

(36) Como señala el profesor Díez PICAZO, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 1258, el artículo 33 de la Constitución reconoce el derecho de propiedad privada pero no la define.

(37) Artículo 33 CE: 1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.* 2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.* 3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

(38) La STC 11/1981, de 8 de abril, en su Fundamento Jurídico 10, definió el contenido esencial como «*aquella parte del contenido del Derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.* De este modo, *se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el Derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*».

(39) STC 37/1987, de 26 de marzo.

incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo (40).

La dimensión social de la propiedad, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas y en la imposición al propietario de deberes positivos. No obstante, las restricciones a las facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario no pueden hacer irreconocible el derecho de propiedad (41). El derecho de propiedad se concibe por lo tanto como un equilibrio entre el respeto a la utilidad individual del bien y a su función social. Con la Constitución se ha incidido en el elemento social de la propiedad, que se convierte en una parte integrante de su contenido, así como en el elemento individual, al garantizarse también el mantenimiento de un mínimo esencial de facultades en favor del propietario.

La inserción de la función social en el contenido de la propiedad ha provocado, por otra parte, que se produzca una diversificación de los regímenes jurídicos dominicales (42).

III. EL DERECHO A EDIFICAR COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA

La doctrina iusprivatista entiende, por lo general, que el derecho a edificar constituye una facultad inherente al derecho de propiedad, concretamente del derecho de propiedad sobre el suelo. De este modo, se dice que la facultad de uso, integrante del derecho de propiedad en general, corresponde a la facultad de edificar en la propiedad del suelo (43).

Por el contrario, un importante sector de la doctrina iuspublicista ha sostenido que la facultad edificatoria consiste en una facultad urbanística que no deriva directamente del derecho de propiedad sino de la concesión de la licencia urbanística (44).

(40) STC 227/1988, de 29 de noviembre.

(41) El Tribunal Constitucional ha declarado en la STC 37/1987, que, «*la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del Derecho*». La regulación del contenido esencial de la propiedad privada ha de realizarse de tal modo que el derecho sea RECOGNOSCIBLE y PRACTICABLE, eso es, que su ejercicio efectivo sea posible.

(42) Existen diversos tipos de propiedades según la clase de bien sobre la que recaen, dado que cada bien tiene una función social distinta. Las aguas, las minas, el producto intelectual o industrial no tienen la misma funcionalidad respecto a la sociedad y por ello reciben un trato diferenciado por el ordenamiento jurídico.

(43) ANGOSTO SÁEZ, «El *ius aedificandi* y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano», *op. cit.*, pág. 94.

(44) El principal argumento a favor de esta tesis consistía en el sistema de «adquisición gradual de las facultades urbanísticas» que establecían los artículos 23 a 42 del

La STC 61/1997, de 20 de marzo, expresó claramente que el derecho a edificar formaba parte del derecho de propiedad sobre suelo urbano al señalar que «*la manifestación más típica de la función social de la propiedad urbana es el deber de edificar y construir en sentido amplio*» (45). La sentencia también aclaró el concepto de edificación y el de licencia, abandonando las tesis iuspublicistas (46).

En consonancia con esta sentencia del Tribunal Constitucional, la LS/98 vino a corroborar la tesis según la cual el *ius aedificandi* integra el contenido de la propiedad urbana. En efecto, su artículo 13 establece como derecho de los propietarios de suelo urbano el derecho a edificar en las condiciones que en cada caso establezca la legislación urbanística y el planeamiento (47).

La inherencia del *ius aedificandi* respecto al derecho de propiedad urbana también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia contencioso-administrativa (48).

TRLS/1992. También se ha sostenido que el derecho de propiedad sobre lo edificado se adquiriría por la conclusión de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme a la legislación urbanística. Para esta tendencia doctrinal, la licencia de edificación dejaba de ser un mero acto declarativo de carácter reglado para convertirse en un acto constitutivo, creador de un derecho. FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995; PAREJO GAMIR, R., «Perspectivas notariales de la nueva Ley del Suelo», en *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991, págs. 169 a 214. Algunos administrativistas sin embargo no han considerado la licencia como un acto creador de derechos. Así, TRAYTER JIMÉNEZ, JUAN MANUEL, «El control del planeamiento urbanístico», Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 486: «*La licencia (en especial la de obras) no es título administrativo que cree nuevos derechos sino que únicamente es un acto administrativo que permite a su destinatario ejercitar aquellos derechos que ya tuviera en su patrimonio, de acuerdo con las estipulaciones del plan urbanístico. La licencia reconoce un derecho preexistente y por ello el artículo 12 RSCL afirma que las licencias se otorgan siempre «salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero».*

(45) Fundamento Jurídico, 17 a).

(46) Según el Fundamento Jurídico 34 a): «*el acto de edificación implica la materialización sobre un determinado terreno —solar— del aprovechamiento urbanístico patrimonializado por el titular dominical de aquél, de tal manera que el acto autorizatorio de la licencia municipal no es sino el modo de control o intervención administrativa para fiscalizar si se ha producido la adquisición de dicha concreta facultad urbanística, cual es el derecho a edificar, cumpliendo así la licencia no sólo la finalidad de comprobar si la edificación proyectada se ajusta al Plan y a la legislación urbanística sino también, como prescribe el artículo 242.4, para las actuaciones asistemáticas, si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación».*

(47) Por el contrario, los artículos 15 y 20 de la LS/98, relativos al suelo urbanizable y al suelo no urbanizable, respectivamente, no hacen referencia alguna al derecho a edificar.

(48) Así, por ejemplo, la STS de 30 de diciembre de 1985 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) declara: «*se está impidiendo ejercitar un derecho fundamental de la persona, según la Constitución, como es el de propiedad, del que forma parte el ius aedificandi, tal y como viene previsto en los artículos 348, 349 y 350 del Código Civil; impedimento que sólo puede tener justificación si ello contribuye a la realización de la*

El *ius aedificandi* forma parte, por lo tanto, del contenido esencial de la propiedad urbana. Este «contenido esencial» de un derecho, según la doctrina constitucional, es delimitado con base en dos criterios. Por una parte, el criterio de la *recognoscibilidad* que permite incluir en ese contenido esencial el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente a un determinado tipo. Por otra parte, el criterio de la *practicabilidad* en virtud del cual se entiende que están integradas en el contenido esencial del derecho aquellas facultades indispensables para que su titular obtenga algún beneficio por el hecho de serlo.

IV. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD

La función social que la propiedad tiene en la actualidad no merma su indudable contenido económico. El derecho de propiedad puede todavía definirse como el poder más amplio que, con los límites impuestos por el Ordenamiento, se ostenta sobre un bien y por ello la titularidad dominical es tan codiciada.

La función esencial que cumple la propiedad en el desarrollo de la economía de mercado actual ha fomentado nuevas aproximaciones al derecho de propiedad. De este modo, en los últimos tiempos han surgido una serie de obras científicas que, desde el prisma del denominado *análisis económico del Derecho*, aportan una visión renovada de la institución dominical (49).

Por otra parte, cabe señalar que el criterio de la *función social* en el derecho de propiedad está íntimamente relacionado con su *función económica*. Así, en algunas leyes preconstitucionales ya se dejaba entrever esta filosofía económico-social de la propiedad (50).

función social de la propiedad de acuerdo con las leyes, como quiere la Constitución en el artículo 33.2». En este sentido, y de forma expresiva, se manifiesta la STS de 24 de septiembre de 1996 (Sala de lo Contencio-Administrativo): «el derecho a la propiedad privada y de la función social de su contenido, de acuerdo con las leyes, reconocido en el artículo 33 CE, naturalmente integra en su ámbito el derecho a edificar en suelo idóneo para ello y de conformidad con la normativa urbanística aplicable».

(49) Con carácter general puede verse la obra de ROBERT COOTER y THOMAS ULEN, *Law and economics*, Scott, Foresman and Company, United States of America, 1988. En relación con el derecho de propiedad, son particularmente interesantes los estudios que lo relacionan con el derecho de daños, como el de GUIDO CALABRESI y A. DOUGLAS MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the Cathedral*, Harvard Law Review, vol. 85, marzo 1972, núm. 5, págs. 1089 a 1128, y, más recientemente, el de LOUIS KAPLOW y STEVEN SHAVELL, *Property rules versus liability rules: an economic analysis*, Harvard Law Review, vol. 109, febrero 1996, núm. 4, págs. 715 a 790.

(50) El artículo 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, establecía: «El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga:

La concepción económica de la propiedad se ha fortalecido con la promulgación de la Constitución española. El reconocimiento y la garantía de la propiedad privada se realiza en el marco general de la denominada *Constitución económica* (51), integrada por aquellos diversos artículos que conforman el modelo económico del Estado. Así pues, el artículo 33 CE debe interpretarse conjuntamente con preceptos constitucionales como el artículo 38, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; el artículo 47, que impone el deber de los poderes públicos de garantizar el derecho de los españoles a una vivienda digna y adecuada; el artículo 128, que somete toda la riqueza del país al interés general; o el artículo 131, que permite al Estado, mediante ley, planificar la actividad económica para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta, de la riqueza y su más justa distribución (52).

La faceta económica del derecho de propiedad ha sido puesta de relieve también por la doctrina del Tribunal Constitucional (53).

a) A que sea explotada la tierra con criterios económicos *apropiados según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso al interés nacional.*

b) *A que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social.*

c) *A que en la empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen, bien directamente o en colaboración con la Administración, las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta para la promoción de los trabajadores».*

La función social de la propiedad agraria tiene por lo tanto un significado económico: el propietario debe realizar inversiones y debe explotar la tierra con criterios económicos de forma que ésta sea rentable.

(51) RIBOT IGUALADA, JORDI, «La garantía constitucional del dret a la propietat privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto, 1994, pág. 203.

(52) El Tribunal Constitucional ha realizado en diversas ocasiones esta interpretación sistemática del derecho de propiedad. Así, por ejemplo, en la STC 89/1994, de 17 de marzo, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad de la prórroga forzosa de la LAU de 24 de diciembre de 1964, se delimita el derecho de propiedad a la luz de los artículos 47 CE, relativo al derecho a la vivienda, y 39.1 CE, sobre protección de la familia.

(53) Así la STC 111/1983, en su Fundamento Jurídico octavo, declaró que el derecho de propiedad consiste en un derecho reconocido desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que *«cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad (...) legitima su expropiación».*

También la STC 37/1987, de 26 de marzo, respecto a la posible inconstitucionalidad de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía tuvo ocasión de incidir en la faceta económica del derecho de propiedad. Entre otras pretensiones, los recurrentes de la Ley estimaban que su artículo 2 infringía la reserva legal para

Por lo que respecta a la propiedad urbana, una de las figuras que mejor demuestran su sentido económico, es *el derecho al aprovechamiento urbanístico* (54). Este derecho, regulado en las normas urbanísticas (55), consiste en la atribución efectiva al propietario, afectado por una actuación urbanística, de los usos e intensidades susceptibles de apropiación privada, o su equivalente económico. El aprovechamiento urbanístico se fija en una cifra de metros cuadrados construibles (la edificabilidad). Si el propietario no puede concretar su derecho mediante la edificación efectiva, su derecho al aprovechamiento se convierte en un sustitutivo económico de la edificabilidad. El derecho al aprovechamiento urbanístico tiene por lo tanto una triple vertiente (56): por una parte es una facultad del derecho de propiedad, por otra es la valoración económica de este derecho y, finalmente, es un objeto de derecho a efectos de tráfico jurídico a través de la técnica de la Transferencia de Aprovechamientos Urbanísticos (57).

la regulación del contenido esencial de la propiedad (art. 53.1 en relación con el art. 33 de la Constitución). Este artículo habilitaba incondicionadamente a la Administración Autónoma para «fijar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos» y a «establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que esta remisión al poder normativo de la Administración no constituía una deslegalización de la materia. La remisión legal a los reglamentos es necesaria para el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales y, concretamente, en este caso, para fijar las medidas de intervención pública que pueden adoptarse para lograr «el mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos», como traducción del concepto de función económica y social de la propiedad respecto a la propiedad agraria.

(54) Esta expresión aparece en nuestro Ordenamiento en la Ley del Suelo de 1976, siendo desconocida en la Ley del Suelo de 1956. No obstante su eclosión y generalización se debe a la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y a su Texto Refundido de 1992. Hasta tal punto resulta trascendental para la figura esta ley, que ha sido calificada por algunos autores como la *Ley de los aprovechamientos urbanísticos*. Véase LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS y LASO BAEZA, VICENTE, *El aprovechamiento urbanístico*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 15.

(55) El derecho al aprovechamiento urbanístico se integraba en el sistema de adquisición gradual de las facultades urbanísticas que establecía el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en sus artículos 23 y sigs., y estaba específicamente regulado en los artículos 26 a 32. Estos preceptos fueron derogados por la Ley 6/1998, de forma que el aprovechamiento urbanístico constituye una materia que habrá de ser reglada por las normas autonómicas.

(56) CARRASCO PERERA, ÁNGEL y otros autores, «Derecho de la construcción y la vivienda», *op. cit.*, pág. 5.

(57) Sobre las transferencias de aprovechamientos urbanísticos y su inscripción en los Registros Administrativos y de la Propiedad, véase FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y Publicidad Registral*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 67 a 79.

V. CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO «MONOPOLIO DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA»

A lo largo de este pequeño estudio se ha podido ver que el derecho de propiedad no es un concepto inmutable sino que ha ido variando a lo largo de la historia. El marco constitucional y la legislación civil y urbanística vigente muestran cómo el derecho de propiedad se caracteriza actualmente por su función social y su función económica. Sería necesario quizá establecer un nuevo concepto de derecho de propiedad —más allá del establecido en el art. 348 del Código Civil— que pusiera de relieve las funciones socio-económicas que tiene asignadas este importante derecho.

En nuestra opinión, el derecho de propiedad podría concebirse como un «monopolio de explotación económica» sobre un bien. Este monopolio de explotación consistiría en el poder jurídico que permite a una persona aprovecharse de todas las utilidades económicas de una cosa respetando la función social de ese bien. Esta concepción socio-económica de la propiedad tendría diversas ventajas. Por una parte, permitiría un fácil «desmembramiento» de esas utilidades. El propietario puede renunciar voluntariamente y ceder a un tercero algunas utilidades económicas de ese bien (así, por ejemplo, el derecho a edificar). Por otra parte, se justificaría que el derecho actual protegiera especialmente la propiedad útil, esto es, la aprovechada económicamente en detrimento de la propiedad inutilizada. Quizá así se obtendría un mejor aprovechamiento de los bienes, y en general de la riqueza.

CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

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 8-1-2004
(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3

HIPOTECA. SU CANCELACIÓN: NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA, SI NO CONCURRE EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 82, PÁRRAFO QUINTO DE LA LEY HIPOTECARIA.

Quando no opera la caducidad del párrafo 5 del artículo 82 LH, es necesaria escritura pública.

Resoluciones de 10-1, 4-2 y 12-2-2004
(BOE 2, 3 y 24-3-2004)

Registro de la Propiedad de Torreveja, número 2

COMPRAVENTA. POR EXTRANJEROS. CONOCIENDO EL REGISTRADOR SU RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. HIPOTECA POSTERIOR. TRACTO SUCESIVO.

Afirmado por el Registrador que el régimen económico-matrimonial de los cónyuges adquirentes extranjeros es el de separación de bienes, y sin que tal afirmación haya sido desvirtuada, es necesario especificar la cuota indivisa que corresponde a cada uno de los compradores.

Además, conforme a la Resolución de 10-1-2004, tal defecto, por exigencias del tracto sucesivo, impide la inscripción de la escritura de hipoteca posterior.

Resoluciones de 12-1 y 10-2-2004

(BOE 1 y 24 3-2004)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

SEGREGACIÓN. LICENCIA. DECLARACIÓN DE INNECESARIEDAD OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Es posible su obtención por dicho procedimiento pero, en el presente caso, no están debidamente justificados los requisitos exigidos, ya que no cabe el juego del silencio positivo respecto de una petición que había sido previamente desestimada en forma expresa.

Reitera, pues, la Resolución de 28-5-2003 (ver Boletín, núm. 94, julio-agosto de 2003, págs. 2198 a 2201).

Resolución de 15-1-2004

(BOE 1-3-2004)

Registro de la Propiedad de Villajoyosa

PROPIEDAD HORIZONTAL. RESERVA DE DERECHO A REALIZAR CONSTRUCCIONES FUTURAS. RENUNCIA A CAMBIO DE UNA DETERMINADA PORCIÓN SEGREGADA. CAUSA.

La aclaración de determinadas disposiciones estatutarias del régimen de propiedad horizontal, ciertamente configurado de manera muy confusa, no tiene por qué tener una causa distinta de lo que la propia aclaración supone. Pero es que, además, en el caso presente existen recíprocas prestaciones, puesto que la entidad constituyente del régimen de propiedad horizontal se atribuye la propiedad de lo segregado y renuncia al uso de la facultad de vender sobre el terreno no construido que no ha sido objeto de segregación, que queda entonces como elemento común normal, por lo que existen prestaciones de ambas partes que dan al contrato el carácter de oneroso. Cuestión distinta es que la causa expresa del contrato sea o no cierta, pero éste es un problema que escapa de la calificación del Registrador.

Resolución de 20-1-2004

(BOE 1-3-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

COMPRAVENTA. REPRESENTACIÓN. CALIFICACIÓN DE SUFICIENCIA DE FACULTADES REPRESENTATIVAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE.

Conforme a la normativa vigente en el momento de la autorización de la escritura calificada, consistente en una compraventa en la que los vendedores están representados por un apoderado facultado en virtud de poder del que se testimonian sus particulares en los términos que resultan de los hechos de la Resolución que se comenta, es inscribible dicha escritura al haberse insertado las facultades representativas pertinentes al otorgamiento, conforme a lo prescrito en el artículo 166 del Reglamento Notarial, y mediar la aseveración del

Notario, relativa a que en lo omitido no hay nada que restrinja o modifique lo inserto, no pudiendo basarse la calificación registral en meras conjeturas que no se ajustan a los términos propios en que quedaron insertas las facultades conferidas al apoderado.

Resolución de 21 y 23-1-2004

(BOE 9 y 8-3-2004)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

PERMUTA. LEGITIMACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL TRACTO SUCESIVO SUSTANTIVO, QUE RESULTA DEL PROPIO DOCUMENTO CALIFICADO.

Presentada en el Registro una escritura por la que un Ayuntamiento adjudica ciertas fincas a una sociedad mercantil como consecuencia de un convenio urbanístico suscrito entre aquél y determinados señores, y habiendo cedido sus derechos estos últimos a la expresada sociedad en virtud de otra escritura —cesión que fue aprobada por dicho Ayuntamiento—, no cabe acceder a la inscripción porque, aunque el principio de legitimación registral juega a todos los efectos legales, la presunción *iuris tantum* que el mismo establece, cede frente a las exigencias del tracto sucesivo sustantivo, que exige estar a la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente cuando la validez del acto realizado queda jurídicamente comprometida por la propia manifestación de los otorgantes; extremo este sujeto a la calificación registral, máxime cuando se reconoce la existencia de dos transmisiones distintas y sucesivas, con las consecuencias de índole material y tributaria que de ello se deriva.

Resolución de 24-1-2004

(BOE 8-3-2004)

Registro de la Propiedad de Béjar

EXPEDIENTE DE DOMINIO. INMATRICULACIÓN DE VIVIENDA QUE FORMA PARTE DE UN EDIFICIO.

No es necesario que se constituya previamente el régimen de propiedad horizontal, pero sí el régimen de comunidad que exista, las normas que lo regularían y la cuota ideal de participación en la totalidad del edificio.

Resolución de 26-1-2004

(BOE 8-3-2004)

Registro de la Propiedad de La Estrada

HIPOTECA. CONSTITUCIÓN. SOLAR SEÑALADO COMO DOMICILIO PARA LA PRÁCTICA DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES A EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REAL HIPOTECARIA.

La omisión del domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones no afecta a la validez de la escritura de constitución de hipoteca, que

puede ser inscrita, pues tal requisito se requiere a los solos efectos de la ejecución directa sobre bienes hipotecados.

La fijación de un «solar» como tal domicilio debe reflejarse en el Registro, pues, a juicio del Centro Directivo, las dificultades que puedan surgir para la efectividad de las comunicaciones a practicar, sólo se desenvuelven en el ámbito del proceso de ejecución que, en su día y en su caso, se pueda entablar para la ejecución de la hipoteca.

Resolución de 27-1-2004

(BOE 8-3-2004)

Registro de la Propiedad de Vilafranca del Penedés

FINCA. EXCESO DE CABIDA. FALTA DE IDENTIDAD DE LA FINCA. OBRA NUEVA ADICIONADA.

Procede la suspensión de la inscripción de un acta declarativa de exceso de cabida y declaración de obra nueva adicionada, porque de los certificados catastrales no resultan descritos los linderos de la finca en cuestión, lo que impide la perfecta identificación de la finca y la inscripción de su exceso de cabida, acentuándose la duda por el hecho de que la finca es el resto de diversas segregaciones anteriormente practicadas.

Resoluciones de 28 y 29-1-2004

(BOE 8-3-2004)

Registro de la Propiedad de Ayamonte

COMPRAVENTA. POR EXTRANJEROS EN ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL.

Es inscribible una escritura por la que un súbdito extranjero no comunitario adquiere ciertos inmuebles sin la autorización militar a que se refiere el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, pues el artículo 18 de dicha Ley exceptúa de la necesidad de dicha autorización a los centros y zonas de interés turístico a que se refiere la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, continuando subsistente en el presente caso la autorización militar previa y genérica concedida en su día al centro de interés turístico donde se hallan ubicadas las fincas en cuestión, de modo que la Ley 28/1991, que derogó a la Ley citada 197/1963, no tiene efectos retroactivos, porque la misma no lo dispone así expresamente.

Resolución de 30-1-2004

(BOE 9-3-2004)

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 2

HERENCIA. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: SUSTITUTOS NO DESIGNADOS NOMINATIVAMENTE. PARTICIÓN REALIZADA ANTICIPADAMENTE POR QUIENES HAN LLEGADO A SER FIDEICOMISARIOS.

Para poder practicar la inscripción a favor de los fideicomisarios, no basta el solo testamento del causante, sino que se precisa un título adicional que

determine quiénes son efectivamente las personas en cuyo favor ha de operarse la sustitución fideicomisaria.

La partición realizada antes del evento restitutorio, por los que luego han llegado a ser efectivamente los únicos fideicomisarios, no necesitaría ser ratificada para su inscripción, una vez ocurrido dicho evento que determina la transmisión; sin embargo, en el presente caso, además de la falta de determinación de quienes sean los fideicomisarios efectivos, el documento fue otorgado por los fiduciarios llamados en segundo lugar, por sí y en representación de sus hijos menores, que eran los fideicomisarios futuros, no constando que todos ellos hayan ratificado, siendo ya mayores de edad.

Resolución de 31-1-2004

(BOE 8-3-2004)

Registro de la Propiedad de Haro

EXPEDIENTE DE DOMINIO. PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: ADQUISICIÓN POR EL PROMOTOR DIRECTAMENTE DE LOS TITULARES REGISTRALES O DE SUS HEREDEROS.

Su inscripción debe rechazarse dada la interpretación restrictiva que debe prevalecer en la aplicación de las normas relativas a tal clase de expediente y, además, porque en el presente supuesto, dicho expediente no sería sino una vía, bien para evadir el impuesto sucesorio pertinente, bien para burlar los derechos hereditarios de alguno de los llamados; sin que pueda alegarse con ello que se multiplican innecesariamente los formalismos legales, pues, en el presente caso bastaría para practicar la inscripción con la acreditación de ser herederos de los titulares registrales; acreditación, por otra parte, que también habrá debido de constar en el expediente, toda vez que el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, al ser la inscripción contradictoria de menos de 30 años de antigüedad, exigiría que los causahabientes de los titulares registrales hubiesen sido citados personalmente.

Resolución de 2-2-2004

(BOE 20-4-2004)

Registro de la Propiedad de Mieres

PERMUTA. DE BIEN PATRIMONIAL. INEXISTENCIA DE LA MISMA. CONVENIO URBANÍSTICO. NECESIDAD DE SUBASTA PÚBLICA POR NO SER EL SUPUESTO CONTEMPLADO DE PERMUTA.

Solicitada la inscripción de una escritura de elevación a público de un convenio urbanístico otorgado por una sociedad y un Ayuntamiento por el cual éste cede en permuta dos fincas de naturaleza, a cambio de que la sociedad realice las obras de construcción de ciertas plazas de garaje en una plaza pública, no es inscribible la misma por ser exigible el requisito de enajenación mediante subasta pública prevenido en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y el artículo 80 del Texto Refundido de Régimen Local, pues el negocio no cabe calificarlo de permuta, pues la contraprestación del cesionario no es una obligación de dar una cosa, sino una obligación de hacer.

Resolución de 3-2-2004

(BOE 24-3-2004)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

TRACTO SUCESIVO. SU REANUDACIÓN POR EXPEDIENTE DE DOMINIO.

Existe reanudación del tracto sucesivo cuando son dos transmisiones las que se suplen con el expediente, como es el caso en que los titulares registrales vendieron a unos cónyuges y éstos, a su vez, a los promotores del expediente.

Resulta expresado el título de adquisición de los promotores del expediente, cuando en el mismo consta que aquéllos adquirieron en virtud de contrato privado de compraventa.

Sí cabe promover el expediente, aunque no conste en el Registro la cuota en la propiedad horizontal de la finca y, en tal caso, además, no podría inscribirse el título sin base en un procedimiento en el que hayan intervenido los demás titulares de las restantes entidades privativas.

Es necesario expresar la cuota ideal de cada promotor del expediente, en caso de condominio.

Cuando las inscripciones contradictorias son de menos de 30 años de antigüedad, debe expresarse en el expediente la forma en que se han hecho las notificaciones, extremo este sujeto a calificación.

Resolución de 8-2-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey

RECURSO GUBERNATIVO. INTERPOSICIÓN DE UN ÚNICO RECURSO FRENTE A DOS CALIFICACIONES INDEPENDIENTES REFERIDAS A DISTINTOS DOCUMENTOS. INMATRICULACIÓN EN VIRTUD DE TÍTULO PÚBLICO DE ADQUISICIÓN. REPRESENTACIÓN POR MANDATARIO VERBAL. RATIFICACIÓN.

La interrelación existente entre ambos documentos y razones de economía procesal permiten la apertura de un único expediente a los efectos del recurso gubernativo.

La peculiar condición del transmitente (un Ayuntamiento) no exime de la necesidad de justificar fehacientemente su previa adquisición, no siendo suficiente el simple acuerdo municipal de enajenación de la finca incorporado a la escritura de compraventa, sin expresar el título de adquisición. Podría haberse justificado con la certificación del artículo 206 de la Ley Hipotecaria o con el expediente administrativo tramitado para la enajenación.

La representación en virtud de mandatario verbal exige, o bien justificar auténticamente su existencia o bien la ratificación en tiempo oportuno del representado.

Resolución de 11-2-2004

(BOE 24-3-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 17

INMATRICULACIÓN, POR EXPEDIENTE DE DOMINIO. DUDA SOBRE SI LA FINCA CONSTA PREVIAMENTE INSCRITA.

Si el Registrador tiene dudas sobre si la finca cuya inmatriculación se pretende es parte de otra ya inscrita —como así lo hizo constar aquél en la certificación pertinente que, en su día, expidió al efecto—, la cuestión no puede resolverse a través del recurso gubernativo, sino judicialmente, conforme a los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 13-2-2004

(BOE 24-3-2004)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 7

**HIPOTECA. INTERÉS VARIABLE: SU DETERMINACIÓN A EFECTOS HIPO-
TECARIOS. EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. INSCRIBIBILIDAD.**

Garantizado el interés variable a un tipo máximo fijado a «efectos hipotecarios», es inscribible la escritura por ajustarse al principio de determinación, ya que se ha fijado el límite a que puede ascender su cobertura hipotecaria, aun cuando a efectos personales se supere dicho tope, pues la expresión a «efectos hipotecarios» ha de entenderse como definición del alcance de tales intereses a los efectos del derecho real de hipoteca, con efectos, en tal sentido, tanto *inter partes* como *erga omnes*.

Es inscribible la adjudicación de una finca hipotecada en procedimiento extrajudicial ante Notario, pues la inconstitucionalidad de una norma y su expulsión del ordenamiento jurídico sólo puede producirse por una sentencia del Tribunal Constitucional, reiterándose, además, en esta Resolución los demás argumentos esgrimidos en otras Resoluciones anteriores, entre ellas, la de 24 de marzo de 2003 (ver Boletín núm. 92, abril-mayo de 2003).

Resolución de 14-2-2004

(BOE 24-3-2004)

Registro de la Propiedad de Tafalla

**OBRA NUEVA. EXPRESIÓN DE LOS METROS CUADRADOS EDIFICADOS.
LICENCIA.**

Reflejada en la escritura la superficie de parcela ocupada, el número de plantas, la superficie construida en planta primera y la construida en la segunda, si consta expresada y no es, por lo tanto, defecto, la falta de determinación expresa del total de metros cuadrados edificadas, pues se obtiene la misma por una simple suma.

No es defecto que la licencia municipal esté firmada sólo por el Alcalde y no por el Secretario del Ayuntamiento.

Resolución de 16-2-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3

**PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGREGACIÓN. RESERVA DE FACULTADES
POR EL PROMOTOR.**

Inscrito un edificio en régimen de propiedad horizontal, habiéndose reservado en su día el promotor el derecho de independizar del terreno «excedentario» —lo edificado no agotaba todo el solar—, las parcelas de aprovechamiento del subsuelo, verificando para ello las segregaciones necesarias y realizando en ellas las construcciones que se estimen oportunas, no cabe realizar la segregación de una parcela de esa zona «excedentaria» sin consentimiento de la Comunidad de Propietarios, porque los estatutos no contemplan la segregación total de una parte del solar, sino únicamente las segregaciones necesarias para efectuar construcciones en el subsuelo.

Resoluciones de 17 y 18-2-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Nules, número 2

INMATRICULACIÓN. CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

A pesar de lo dicho en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, cabe inmatricular una finca aunque la misma esté catastrada a nombre de la otorgante del título previo.

Nota: No aborda la Resolución cuestiones esenciales relacionadas con esta materia, por entender que no ha sido objeto del recurso gubernativo como son, si a los efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el título a inmatricular debe ser traslativo (cfr. art. 199.b de la misma Ley), y si las dos transmisiones necesarias pueden darse de manera prácticamente simultánea.

Resolución de 19-2-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar

CALIFICACIÓN: DOCUMENTO ILEGIBLE. EXTRANJEROS: ACREDITACIÓN DE SU DERECHO.

El Registrador tiene derecho a exigir que sea legible todo documento que esté sujeto a calificación, como ocurre en el presente caso, en que se incorpora a la escritura un poder ilegible.

El que alegue el derecho extranjero debe probarlo (salvo que el Registrador, bajo su responsabilidad, prescinda de dicha prueba por conocerlo).

Resolución de 20-2-2004

(BOE 22-4-2004)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 13

DERECHO DE USO. EN SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL. SU NATURALEZA. INNECESARIEDAD DE FIJACIÓN DE PLAZO.

Entiende la Dirección General que el derecho de uso atribuido en los supuestos de crisis matrimonial no tiene la naturaleza de los derechos reales, pues la distinción entre derechos obligacionales y reales es propia de los

derechos patrimoniales y aquí se trata de un derecho de carácter familiar. Por ello, no es exigible la fijación de un plazo máximo de duración del derecho de uso que, además, concluirá, en todo caso, con la vida de su titular, siendo, por otra parte, susceptible de revocación por la autoridad judicial.

Nota: La DGRN entiende, además, que si bien lo determinante de una resolución judicial es el fallo, el mismo debe ser interpretado a la luz de sus Fundamentos de Derecho, de donde se deduce que hay una atribución del derecho de uso en el presente caso.

Por otra parte, se separa de su doctrina anterior que consideraba el derecho de uso, en estos casos, como un derecho real con clara eficacia *erga omnes* (cfr. Resolución de 1 de septiembre de 1998).

Resolución de 21-2-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de Granada, número 6

OBRA NUEVA (AUTOPROMOCIÓN) E HIPOTECA POSTERIOR POR PADRES TITULARES DE PATRIA POTESTAD PRORROGADA. IMPORTE DE LA HIPOTECA NOTABLEMENTE SUPERIOR AL DEL VALOR DECLARADO DE LA CONSTRUCCIÓN. NO EXISTENCIA DE UN ÚNICO NEGOCIO COMPLEJO. NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Es evidente que en el caso que se examina hay un exceso en la cuantía del préstamo sobre el presupuesto de la obra nueva que puede obedecer, bien a un negocio diferente de la financiación que no se exterioriza en la documentación presentada, bien a la consideración de que, por el valor provisional de la obra nueva en construcción, se deja para la declaración de terminación de la obra la fijación definitiva de su coste. Es claro que en el primer caso no se justifica la causa compleja del negocio que permita prescindir de la autorización judicial. Pero tampoco, de darse la segunda circunstancia, puede decidirse en este momento acerca de la existencia de una vinculación entre ambos actos.

Nota: Parece ser que la Resolución da por sentado que la declaración de obra nueva es un acto de administración.

Resolución de 23-2-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Felanix

CALIFICACIÓN. DE DOCUMENTOS JUDICIALES EXTRANJEROS. HIPOTECA «ASEGURATIVA».

En materia civil y mercantil, el documento expedido por un tribunal extranjero necesita la resolución de la autoridad judicial española de otorgamiento de la ejecución: El Convenio de Bruselas sobre ejecución de sentencias extranjeras no exige que haya de aplicarse el Derecho español en cuanto a las categorías de las garantías reales.

Resolución de 27-2-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. POR DÉBITOS FISCALES. SU PRÓRROGA ANTES DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

No cabe cancelar una anotación preventiva de embargo por débitos fiscales, que se prorrogó antes de la entrada en vigor de la reforma del artículo 86 de la Ley Hipotecaria 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.

Resolución de 1-3-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de Zamora, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. SOBRE BIEN GANANCIAL INSCRITO SÓLO A NOMBRE DEL CÓNYUGE FALLECIDO.

Si, como resulta de las alegaciones de las partes, la embargada es esposa del titular registral y la finca tiene el carácter de ganancial, como claramente expresa el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario, en cumplimiento de la normativa vigente del Código Civil, disuelta la sociedad de gananciales (hecho que se produce por el fallecimiento de uno de los cónyuges —cfr. art. 1.392.1.º y 85 del Código Civil—), sólo puede anotarse el embargo si consta que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o sus herederos.

Resolución de 2-3-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de Pineda de Mar

INMATRICULACIÓN. TÍTULO PÚBLICO. TRACTO SUCESIVO.

Al ser privado el documento por el que el titular registral vende la finca cuya inmatriculación se pretende, no cabe practicar la inmatriculación, pues dicho documento no deja de ser privado por el hecho de haberse incorporado a un documento público.

Resolución de 3-3-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16

ARRENDAMIENTOS URBANOS. TANTEO Y RETRACTO EN PLAZAS DE GARAJE: NO CABE.

El arrendamiento de plazas de garaje no está sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo en el caso de que el arrendamiento de la plaza sea accesorio del de la vivienda.

Resolución de 4-3-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESAFECTACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES.

En una escritura de desafectación de ciertos elementos comunes de un edificio en régimen de propiedad horizontal y venta posterior de los mismos, no es exigible registralmente la expresión en el acuerdo adoptado por unanimidad de los asistentes en reunión de junta general extraordinaria, que el mismo lo fue por los titulares registrales de los distintos departamentos privativos, pues se trata de un acto de junta como órgano colectivo de la comunidad, por lo que basta que la escritura sea otorgada por el Presidente de la misma sobre la base de una certificación expedida por su secretario, de la que resulte que el acuerdo pertinente fue adoptado por unanimidad de los asistentes y que se notificó a los ausentes, habiendo transcurrido el plazo legal sin que los mismos hayan formulado oposición, sin que pueda extenderse la calificación a las exigencias del tracto sucesivo, pues no se trata de un acto individual de todos y cada uno de los propietarios.

El hecho de que el requirente del acta notarial sea un mandatario verbal de la comunidad de propietarios (que notifica el contenido de los acuerdos mediante copia del acta de la Junta) es intrascendente y, por ello, conforme a la legislación notarial no es imprescindible el juicio notarial de capacidad y legitimación (cfr. art. 197 del Reglamento Notarial).

Resolución de 5-3-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

ANOTACIÓN DE DEMANDA. DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. TRACTO SUCESIVO.

No es admisible por carecer de trascendencia real inmobiliaria, al no producir alteración registral alguna y carecer de cobertura legal.

Además, está inscrita la finca a nombre de persona distinta del demandado.

Resolución de 6-3-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro de la Propiedad de Palma del Condado

VIVIENDA FAMILIAR. ESTADO CIVIL. CONVIVENCIA MARITAL CON OTRA PERSONA.

Es inscribible una escritura de compraventa, a pesar de que no conste en la misma la manifestación del vendedor de que la finca transmitida no constituye su domicilio habitual, por entender la Dirección General que, si bien del Registro resulta que el transmitente está casado y en el título declara ser soltero, tal dato del estado civil es objeto de la publicidad registral ni está amparado por la legitimación registral, ni puede dar prevalencia al posible error padecido al reseñar tal circunstancia en virtud del título anterior que accedió anteriormente al Registro.

Nota: Se separa la Dirección General de su doctrina anterior que mantenía que, cuando se ha declarado una situación de estado civil y la misma consta en el Registro de la Propiedad, ha de estarse a lo publicado por el Registro.

Asimismo, ¿da a entender la Resolución que el artículo 1.320 del Código Civil sería aplicable también en el caso de parejas de hecho, con lo cual habría que pedir la declaración siempre?

Resolución de 9-3-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 2

INMATRICULACIÓN. POR EXPEDIENTE DE DOMINIO. IMPOSIBILIDAD DE SU UTILIZACIÓN ALTERNATIVA PARA REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

Tramitado un expediente de dominio para la inmatriculación de una finca, el auto que lo declara justificado no puede servir para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, pues el mismo tiene reglas específicas que no resultan cumplidas con el de inmatriculación (cfr. en especial, el llamamiento que resulta necesario hacer al titular registral anterior o a sus causahabientes).

Resolución de 10-3-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

RECONOCIMIENTO. DE DOMINIO. PROPIEDAD FIDUCIARIA. CAUSA.

Presentada una escritura por la que una sociedad reconoce que el dominio que tenía sobre unas fincas es, en determinada proporción, de otra sociedad, de la que la primera era fiduciaria, pretendiendo el cambio de titularidad en dicha proporción, no es inscribible dicho título, pues el solo acuerdo de voluntades, aun cuando vaya seguido de la *traditio*, carece de virtualidad para provocar la transmisión del dominio, toda vez que se requiere un título material oneroso o gratuito, que ponga de manifiesto la contraprestación o la

liberalidad en cuya virtud se opera tal transmisión y cuyo título ha de ir seguido de la tradición.

Además, igualmente es exigible para la inscripción de todo título traslativo que aparezca claramente la causa onerosa o gratuita que lo determine, extremo que es también calificable por el Registrador.

Resoluciones de 11 y 15-3-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESVINCULACIÓN DE PLAZA DE GARAJE.

Autorizado por los Estatutos, puede el titular desvincular el anejo, pero para que ello pueda ser realizado sin intervención posterior de la Junta hubiera sido necesario que en los Estatutos se hubieran descrito las plazas de garaje que se configuraban como anejos con todos los requisitos necesarios para su posterior conversión en elementos privativos. No siendo así, es precisa una modificación o complemento de los Estatutos, pues la descripción de linderos y determinación de la superficie puede afectar a otros elementos privativos o a los elementos comunes.

Resolución de 12-3-2004

(BOE 23-4-2004)

Registro de la Propiedad de Callosa d'EnSarriá

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. RECLAMACIÓN DE UNA CANTIDAD DE DINERO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No cabe la anotación preventiva de demanda cuando lo pretendido es simplemente el cobro de una cantidad de dinero; y si lo pretendido ha sido valer un crédito refaccionario, no es la anotación de dicho crédito una subespecie de la demanda, sino que para la anotación de aquél debe seguirse el procedimiento específico legalmente establecido.

La calificación registral de documentos judiciales se extiende a la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva para evitar la indefensión de quien no ha sido parte en el procedimiento correspondiente.

Resolución de 22-3-2004

(BOE 23-4-2004)

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2

SEGREGACIÓN. LICENCIA. OBRA NUEVA. COMPRAVENTA.

Es inscribible una escritura de segregación, declaración de obra nueva y venta de una finca rústica cuya superficie es inferior a la unidad mínima de cultivo, pero que goza de licencia municipal de segregación y construcción de vivienda unifamiliar aislada y ello aunque se haya declarado por la Consejería de Agricultura correspondiente (en este caso, Andalucía), la nulidad de

la segregación practicada, previa notificación a tal Consejería efectuada por el Registrador conforme al artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, pues se trata de una porción segregada sobre la que se ha efectuado una construcción permanente de carácter no agrario (cfr. art. 25.b) de la Ley de Modernización de Explotaciones Prioritarias y se ha concedido por el Ayuntamiento la licencia correspondiente, sin que baste la declaración de nulidad de la Consejería de Agricultura, y todo ello sin perjuicio de la impugnación de la licencia concedida.

Resolución de 23-3-2004

(BOE 26-4-2004)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9

PRIVATIVIDAD. CONFESIÓN DEL CARÁCTER PRIVATIVO DEL BIEN ADQUIRIDO POR AMBOS ESPOSOS E INSCRITO COMO GANANCIAL. ERROR EN EL TÍTULO ANTERIORMENTE INSCRITO: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

No es inscribible una escritura de confesión o reconocimiento de privatividad de determinados bienes adquiridos en su día por ambos cónyuges con carácter ganancial, pues si existió error en el título de adquisición que conllevó, consecuentemente, error en el Registro en cuanto a la naturaleza del bien comprado, será necesario para la rectificación registral la declaración expresa por todos los interesados del error padecido y la solicitud de tal rectificación, pero no la confesión de privatividad del bien, que sólo es posible realizarla por el cónyuge a quien perjudica la misma respecto de un bien en cuya adquisición no hizo confesión o aseveración alguna.

Resolución de 24-3-2004

(BOE 27-4-2004)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina

ACCIÓN REINVIDICATORIA. SENTENCIA FIRME (EJECUTORIA). INNECESARIEDAD DE PRESENTAR MANDAMIENTO AL RESPECTO. IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA. CALIFICACIÓN REGISTRAL: IMPROCEDENCIA DE LA INVOCACIÓN EN EL INFORME DE DEFECTOS NO ALEGADOS EN LA NOTA.

Presentado testimonio de una sentencia por la que, habiéndose allanado los demandados, se declara la propiedad de una finca a favor del actor como consecuencia del ejercicio de una acción reivindicatoria, dicho testimonio es suficiente para practicar la inscripción, sin necesidad de que se presente mandamiento, pues se trata de una ejecutoria (documento público y solemne en que se recoge una sentencia firme); sin que, por otra parte, sea obstáculo para su despacho el que la sentencia se refiera a dos fincas, cuando, según la demanda, era sólo una, pues los autos aclaratorios que se acompañan a la sentencia identifican la finca a que la demanda se refiere; no pudiendo, además, el Registrador alterar la nota de calificación alegando en el informe defectos no reflejados en dicha nota, como los pretendidos de falta de identificación de la finca en cuestión y la no expresión de la causa en el documento calificado.

Resolución de 25-3-2004
(BOE 27-4-2004)

Registro de la Propiedad de Lleida, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERRELLA: SUSCEPTIBILIDAD DE SU PRÁCTICA CUANDO LLEVA ÍNSITA UNA ACCIÓN CIVIL CON TRASCENDENCIA REAL INMOBILIARIA. TRACTO SUCESIVO.

Se reitera la doctrina de que es posible su anotación, siempre que se ejercite una acción civil, vinculada a la querrela, tendente a provocar un cambio jurídico real inmobiliario, como ocurre en el presente caso en que su objeto es la anulación de una venta efectuada por los querrellados en virtud de un poder especial obtenido bajo coacciones y amenazas.

No es obstáculo para la práctica de la anotación el que la finca conste inscrita a nombre del querellante, pues así se trata de evitar el perjuicio potencial que podría irrogarse al querellante si se inscribe el título que dicha acción trata de destruir.

Resolución de 26-3-2004
(BOE 27-4-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

IDENTIDAD DE PERSONA. NECESIDAD DE QUE HAYA IDENTIDAD ENTRE EL OTORGANTE Y EL TITULAR REGISTRAL.

Inscrita una finca en proindiviso, a favor de unos cónyuges españoles y un súbdito francés, con tarjeta de residencia, cuyo número se expresa, y, presentada posteriormente escritura en la que se extingue dicha comunidad, en la que interviene dicho súbdito francés representado verbalmente, acompañándose la escritura de ratificación de este último en la que declara que es residente en Francia, expresándose el número de identidad francés, no es inscribible dicha escritura por no estar acreditada la identidad entre el titular registral y dicho otorgante, y ello a pesar del juicio de identidad del Notario, pues los documentos de identificación son distintos y diferentes los números identificativos, debiendo, por lo tanto, acudir a la documentación oportuna para lograr tal identificación.

Resolución de 29-3-2004
(BOE 29-4-2004)

Registro de la Propiedad de Molina de Segura

LEGADO. SU ENTREGA POR CONTADOR PARTIDOR, SIN INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS. FACULTADES DEL MISMO.

Presentada una escritura en la que el albacea-contador partidor de dos herencias, causadas por fallecimiento de los cónyuges que testaron con igual contenido, hace entrega del legado de bienes concretos de carácter ganancial a un legitimario, en pago de sus derechos como tal, sin que intervengan los restantes legitimarios, manifestando aquél que son los únicos bienes, y que no

hay deudas y que los prelegados hechos en el testamento por los causantes a favor de los demás legitimarios son ineficaces por haber sido donados en vida los bienes prelegados, no es necesario el consentimiento de los demás legitimarios ni la realización de partición alguna, dadas las circunstancias concurrentes, la suficiencia de las manifestaciones hechas por el albacea contador-partidor, y resultar la inexistencia de perjuicio para aquéllos y tratarse de una entrega obligada, declarando la Dirección General que, entre las facultades del contador partidor, se comprenden la de interpretar el testamento, análisis sobre la inoficiosidad de donaciones y la colación, recordando, además, el Centro Directivo, como el testador, aun existiendo legitimarios, puede distribuir la totalidad de los bienes en legados, aun existiendo legitimarios.

Registro Mercantil

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 15-1-2004
(BOE 9-3-2004)
Registro Mercantil de Madrid XVII

FACULTAD CERTIFICANTE.

La facultad de certificar los acuerdos de juntas no es delegable y, por tanto, corresponde al administrador único con cargo inscrito, no a un apoderado.

Resolución de 18-2-2004
(BOE 30-3-2004)
Registro Mercantil de Madrid I

CUENTAS ANUALES. CIERRE DEL REGISTRO POR FALTA DE DEPÓSITO DE UN EJERCICIO ANTERIOR.

En tanto las cuentas de un ejercicio determinado no hayan sido depositadas, el Registro permanece cerrado sin que puedan depositarse las cuentas del ejercicio siguiente.

Resolución de 19-2-2004
(BOE 30-3-2004)
Registro Mercantil de Madrid XV

CUENTAS ANUALES. AUDITOR SOLICITADO POR LA MINORÍA.

Reitera doctrina anterior en el sentido de que no puede efectuarse el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el informe del auditor cuando, tratándose de una sociedad no obligada a verificación contable, su nombra-

miento ha sido solicitado por los socios minoritarios y el expediente está pendiente de resolución por la DGRN.

Resolución de 25-2-2004

(BOE 22-4-2004)

Registro Mercantil de Barcelona, número V

TRACTO SUCESIVO. REDUCCIÓN POR PÉRDIDAS. BALANCE.

En materia de modificaciones de capital, ha de regir el principio de tracto sucesivo, por lo que no es posible la inscripción de un acuerdo de reducción que parta de una situación del mismo que no coincida con la que el Registro publica.

En un acuerdo de reducción por pérdidas. El balance que le sirva de base ha de estar aprobado por la junta, previa verificación contable, datos estos que han de constar en los documentos presentados. Pero no se establece un plazo de aptitud de dicho balance para fundamentar el acuerdo. Ahora bien, la causa de la reducción ha de estimarse que subsiste hasta que se elabore y apruebe o debiera haberse elaborado y aprobado el siguiente balance.

Resolución de 26-2-2004

(BOE 15-4-2004)

Registro Mercantil de Madrid, número XVII

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. CONSTITUCIÓN.

El origen judicial de la convocatoria no exime de la necesidad de atenerse a las exigencias estatutarias o legales en cuanto a la forma en que ha de realizarse.

En relación con la válida constitución de la junta, el Registrador, en principio, ha de atenerse a las decisiones del presidente, pero ese criterio ha de quebrar cuando del propio título calificado, sus documentos complementarios o de los asientos registrales, resulta la falta de legalidad y acierto de tal decisión.

Resolución de 24-2-2004

(BOE 14-4-2004)

Registro Mercantil Central. Madrid

DENOMINACIÓN. CONFUSIÓN.

Los Registros Mercantiles Provincial y Central deben denegar la denominación solicitada —en este caso «Volvo España»— si coincide o puede originar confusión con una marca o nombre comercial notorio, salvo autorización del titular de los mismos, por aplicación de la Disposición Adicional 14.^a de la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre.

Resoluciones de 15 y 17-1-2004

(BOE 9-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Barcelona

IDENTIFICACIÓN DEL BIEN OBJETO DE INSCRIPCIÓN.

Reitera doctrina de anteriores Resoluciones en el sentido de que para practicar operaciones registrales sobre vehículos, basta con que queden identificados por medio de la matrícula o del número de bastidor de forma alternativa, a menos que el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la identidad de aquél; aunque, siendo conocidos ambos datos, sería conveniente consignarlos para evitar dobles inmatriculaciones o el acceso al Registro de titularidades incompatibles.

Resoluciones de 16 y 19-1-2004

(BOE 1-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Barcelona

IDENTIFICACIÓN DEL BIEN OBJETO DE INSCRIPCIÓN.

Para practicar operaciones registrales sobre vehículos, basta con que queden identificados por medio de la matrícula o del número de bastidor de forma alternativa, a menos que el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la identidad de aquél; aunque, siendo conocidos ambos datos, sería conveniente consignarlos para evitar dobles inmatriculaciones o el acceso al Registro de titularidades incompatibles.

Resolución de 29-1-2004

(BOE 8-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Alicante

MODELOS OFICIALES.

Los modelos oficiales aprobados por la DGRN, impuestos por la Ordenanza de 19-7-99, son el único medio para que los contratos de arrendamiento financiero accedan al Registro de Bienes Muebles, salvo que consten en escritura pública con el contenido mínimo impuesto en Ordenanza, que exige la determinación del arrendatario.

Resolución de 30-1-2004

(BOE 8-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Barcelona

MODELOS OFICIALES. DOMICILIO DE PAGO.

Los modelos oficiales aprobados por la DGRN, impuestos por la Ordenanza de 19-7-99, son el único medio para que los contratos de arrendamiento financiero accedan al Registro de Bienes Muebles, salvo que consten en escritura pública con el contenido mínimo impuesto en Ordenanza, y el modelo impone la determinación del interés máximo en perjuicio de tercero.

El domicilio de pago debe determinarse explícitamente, no siendo suficiente la referencia a un número de cuenta corriente.

Resolución de 31-1-2004

(BOE 12-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Almería

MODELOS OFICIALES. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS MÁXIMO.

Los modelos oficiales aprobados por la DGRN, impuestos por la Ordenanza de 19-7-99, son el único medio para que los contratos accedan al Registro de Bienes Muebles, salvo que consten en escritura pública con el contenido mínimo impuesto en Ordenanza, y el modelo impone la determinación del interés máximo en perjuicio de tercero.

Resolución de 5-2-2004

(BOE 24-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Jaén

CANCELACIÓN DE EMBARGO. ARRENDAMIENTO FINANCIERO NO INSCRITO.

A partir de la nueva Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, los contratos de leasing mobiliario, que antes no podían acceder al Registro, pueden ser inscritos y obtener así la protección registral que impide la anotación de mandamientos de embargo sobre la propiedad de bienes vendidos con pacto de reserva de dominio o que hayan sido objeto de arrendamiento financiero. De no haber acudido al Registro sólo se podrá utilizar la tercería de dominio.

La cancelación de anotaciones ordenadas judicialmente sólo puede obtenerse en virtud del correspondiente mandamiento cancelatorio, no por instancia privada.

El Registrador puede fundar la suspensión en la existencia de titularidades contradictorias obrantes en el Registro de Vehículos de Tráfico.

Resolución de 6-2-2004

(BOE 24-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Huelva

REGISTRO ADMINISTRATIVO DE TRÁFICO. CANCELACIÓN DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

El convenio suscrito entre la DGT y la DGRN constituyó entre el Registro de Bienes Muebles Central y el Registro de Vehículos de la Jefatura de Tráfico una base de datos común interconectada telemáticamente. El 31-3-2001 se procedió a transferir los datos obrantes en el Registro de Vehículos al Registro Central de Bienes Muebles, por lo que no puede sostenerse que dichas inscripciones hayan sido practicadas de oficio por los Registradores de Bienes Muebles.

La inscripción de un contrato de arrendamiento financiero no puede cancelarse por caducidad sino por mandamiento judicial o por solicitud del titular registral manifestada en escritura pública.

Resoluciones de 7 y 9-2-2004

(BOE 24-3-2004)

Registro de Bienes Muebles. Barcelona

UNIDAD DE ACTO. NOTIFICACIÓN AL NOTARIO DE LA CALIFICACIÓN RECAÍDA.

Cuando no hay unidad de acto entre las partes al firmar el contrato, el plazo máximo que puede transcurrir entre la primera y la última firma no es el del artículo 11.1 de la Ordenanza de 19-7-1999, sino el del artículo 33 del Real Decreto de 24-7-1997. Ante la contradicción entre ambos artículos, prevalece el principio de jerarquía normativa.

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario, tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

No está sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Resoluciones de 16 y 17-3-2004

(BOE 23-4-2004)

Registro de Bienes Muebles. Jaén

ANOTACIÓN DE EMBARGO.

No puede practicarse anotación de embargo sobre bienes respecto de los cuales existe previamente inscrita una reserva de dominio y la demanda se haya dirigido frente a persona distinta del beneficiario de dicha reserva, salvo que el embargo se limite a la posición jurídica del comprador o a los derechos que éste ostente sobre el bien embargado.

El beneficiario de la reserva, ante el impago del deudor, debe acudir al procedimiento especial previsto el respecto por la LEC para la recuperación de bienes con reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles.

Resoluciones de 18 y 20-3-2004

(BOE 23 y 24-4-2004)

Registro de Bienes Muebles. Santander

ANOTACIÓN DE EMBARGO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.

Es posible la anotación de embargo sobre establecimiento mercantil arrendado, habiendo sido debidamente notificado el embargo al propietario del local, sin que el arrendatario cuente con facultad de disponer o traspasar, puesto que la prohibición de hipotecar que en este caso impone el artículo 19 de la LHM no es aplicable en sede de anotaciones de embargo, dado que ha de ser interpretada restrictivamente, limitándola a los actos de enajenación voluntaria.

COMENTARIOS A
JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. DAÑO A LA IMAGEN ELECTORAL DE UN PARTIDO POLÍTICO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Antecedentes.—La entidad Venturini, S. A. demandó a Esquerra Republicana de Cataluña solicitando fuese condenada al pago de una cantidad de dinero más los intereses legales, por incumplimiento de contrato correspondiente a los trabajos de impresión, manipulación y envío de la correspondencia electoral (*mailing*) para las elecciones de 6 de junio de 1993. ERC formuló reconvencción solicitando se disminuyese el 50 por 100 de la factura, alegando que el cumplimiento defectuoso del *mailing* había perjudicado la imagen electoral de ERC.

Doctrina.—Falta un enlace preciso y directo entre el *mailing* defectuoso y el daño a la imagen electoral del partido. Existe una ausencia del resultado que hubiera conseguido ERC de modo previsible si el *mailing* hubiese sido ejecutado correctamente, por lo que afirmar y cuantificar la existencia de un daño por no haberlo hecho correctamente es arbitrario por difuso e inconcreto.

COMENTARIO

El punto esencial de comentario de esta sentencia se centra en la ausencia del nexo causal o enlace preciso entre el *mailing* defectuoso y el daño que se sostiene se ha producido al partido político basado en su imagen.

La realidad actual, conocida por todos, es que la propaganda por correo y por el método del «buzoneo» no es necesariamente la forma de conocimiento de la existencia de un partido político y de sus objetivos, más bien puede deducirse de la experiencia diaria que son otros medios de comunicación como la prensa, radio o televisión los que forman su imagen ante el potencial elector y que éste no presta atención apenas a la propaganda que le viene por correo o que se deposita en su buzón de correspondencia.

Además es imposible cuantificar el resultado electoral que hubiera conseguido el partido político si el *mailing* hubiera sido ejecutado correctamente. No hay forma de cuantificar la existencia de un daño por no haberlo hecho correctamente es arbitrario por difuso e inconcreto.

Como es sabido, la lesión de los derechos de la personalidad se ha identificado con la idea de daño moral. Daño moral que habrá de ser resarcido por su causante. Por otro lado, la extrapatrimonialidad de estos derechos de la personalidad se concretará en una indemnización pecuniaria que en cuanto, *pretium doloris*, deje indemne al perjudicado o mitigue su dolor. A efectos de cuantificación, el demandante deberá acreditar la acción dañosa del tercero infractor y el perjuicio sufrido.

La jurisprudencia generalmente estudia los supuestos de intromisión ilegítima al derecho de la propia imagen y su cuantificación patrimonial. La propia Ley Orgánica 1/1982 contempla e incluye en su ámbito, la protección del derecho patrimonial de la imagen, al extender el concepto de intromisión ilegítima al uso de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga en el apartado quinto del artículo 7, y reconocer la posibilidad de disposición parcial del derecho a la imagen mediante el consentimiento expreso de su titular (art. 2), por lo que debe concluirse que tal Ley regula y protege expresamente las consecuencias patrimoniales, inherentes al derecho a la propia imagen. En consecuencia, cualesquiera acciones para obtener la tutela judicial frente a la intromisión del derecho a la imagen podrá ejercitarse, bien a través del procedimiento declarativo ordinario que corresponda, bien a través del procedimiento incidental de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades previstas en el artículo 13 de la Ley 62/1978 (1).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(1) De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen.

El artículo 18.1 de la Constitución garantiza el derecho a la propia imagen y el artículo 7.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

Sin embargo, el artículo 20.1.d) CE reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el Tribunal Constitucional tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras —escritas u oralmente vertidas— (TC, sentencia 132/1995, de 11 de septiembre). Y por otro lado, el artículo 8.2 de la LO 1/1982 (en los particulares que interesan) dispone que el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público...; c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como mero accesorio. La excepción contemplada en el párrafo a) no será de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

En aplicación del derecho positivo expuesto, esta Sala viene declarando: Cuando se trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público se excluye la protección de la imagen.

1.2. Derecho de familia

FILIACIÓN. RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—El recurso dimanaba de un anterior juicio de menor cuantía en el que el demandado se negó a colaborar en la práctica de la prueba biológica. La pertinaz negativa a someterse a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad suponía una falta absoluta de colaboración con la justicia que, a la postre, no podía favorecerle por constituir un ejercicio antisocial del derecho de defensa con el significado procesal de indicio vehemente y muy cualificado que, en unión de otras pruebas, permitía formar la convicción del juzgador de quedar demostrada la paternidad reclamada.

Doctrina.—Las partes tienen la obligación de facilitar la prueba biológica acordada por el órgano jurisdiccional, ya que de no hacerse se vulneran los artículos 24.1 CE (indefensión); 14 CE (discriminación por razón de filiación); 39 CE (quebrantamiento de la protección integral de los hijos); y 118 CE (negarse a colaborar con el órgano judicial).

La negativa es un valioso elemento probatorio que, unido a los indicios, permite declarar la filiación.

COMENTARIO

La materia de filiación y de paternidad es de orden público, basado en el interés general de la realidad de las relaciones paterno-filiales, de su necesaria inscripción registral y de su consideración social.

Por otro lado, en esta materia existe una conocida doctrina constitucional aplicable de forma inexcusable por los Tribunales (1).

(1) El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 31 de mayo de 1999 (núm. 95/1999), hizo la siguiente síntesis de su doctrina: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual: «La ley posibilitará la investigación de la paternidad», autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, Fundamento Jurídico 3.º).

El TC ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, el cual no es degradante ni contrario la dignidad de la persona y que encuentra su cobertura legal en el artículo 127 del Código Civil, que desarrolla el mandato del artículo 39.2 CE, según el cual, «la ley posibilitará la investigación de la paternidad».

De ahí que cuando tales pruebas sean consideradas indispensables por la autoridad judicial y no entrañen riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarla y su práctica sea proporcionada, no pueden considerarse contrarias al derecho a la integridad física (art. 15 CE), ni a la intimidad (art. 18 CE) del afectado.

Además, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de tales pruebas, por ser este un medio probatorio esencial para la determinación del hecho de la generación debatido en el pleito.

Por todo ello, un órgano judicial puede valorar la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, y llegar a la conclusión de que existe la relación de la paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica. Y además nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 del Código Civil, que no resulta contrario a la tutela judicial efectiva (2).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, Fundamento Jurídico 6.º y las Resoluciones en ella citadas).

Por tales razones, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135, *in fine*, el Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990).»

(2) Otras sentencias de la Sala: La sentencia de 28 de marzo de 2000 (recurso núm. 1391/95) destacó cómo su doctrina más reciente se decantaba por aumentar cada vez más el valor probatorio de la negativa injustificada del demandado a colaborar en la práctica de la prueba biológica, citando al efecto las sentencias de 17 de noviembre de 1997 y 3 de octubre de 1998.

1.3. Derechos reales

SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. DERECHO A ENERVAR LA SUBROGACIÓN POR EL PRIMER PRESTAMISTA.—POSIBILIDAD DE ENERVAR LA SUBROGACIÓN POR EL PRIMER ACREEDOR HIPOTECARIO, SIEMPRE QUE SE COMUNIQUE DE MANERA FEHACIENTE Y VIN-CULANTE AL DEUDOR LA VOLUNTAD DE NOVAR EL PRÉSTAMO EN LAS MISMAS CONDICIONES OFRECIDAS POR LA ENTIDAD QUE PRE-TENDÍA SUBROGARSE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE NOVIEM-BRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero.

Antecedentes.—Caja Rural del Jalón formuló demanda contra Banco Central Hispano Americano, S. A., don César Castillo y doña María Pilar Usán, solicitando se declarase que había ejercitado válidamente su derecho a enervar la subrogación pretendida por el mencionado Banco respecto de los créditos que la actora había concedido a los cónyuges codemandados, así como la nulidad de las escrituras públicas otorgadas para formalizar tal subrogación, y que se ordenase en consecuencia la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente las pretensiones que había deducido CAJALÓN, declarando la validez y eficacia de la pretensión de enervar la subrogación que habían realizado los demandados, concediendo a los cónyuges un plazo para formalizar con la actora la novación modificativa de los préstamos hipotecarios, bajo apercibimiento de que en otro caso quedarían subsistentes los mismos en sus términos originales.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación interpuesto por BCH, denunciando infracción del artículo 1692.4, por vulneración del artículo 2 LSMPH, entendiendo que debe proceder la enervación por parte del primer acreedor hipotecario.

Doctrina.—Entiende que el derecho a subrogar al acreedor hipotecario del deudor es una mera potestad atribuida al deudor en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida, y por lo tanto, lo que se concede al deudor es un simple poder jurídico que le faculta para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes sin que el ejercicio de tal poder haga recaer

En esta misma línea ha profundizado la sentencia de 20 de septiembre de 2002 (recurso núm. 506/97), subrayando la obligación de las partes de facilitar la prueba biológica acordada por el órgano jurisdiccional porque de no hacerlo vulnerarían los artículos 24.1, 14, 39 y 118 de la Constitución al causar indefensión a la parte demandante, provocar una inadmisibles discriminación por razón de la filiación, quebrantar la protección integral de los hijos y negar una colaboración requerida por el órgano judicial. Y como colofón de su razonamiento, esta misma sentencia concluye del siguiente modo: «Así, en definitiva: si hay prueba suficiente se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama filiación».

una verdadera obligación sobre el otro sujeto de la relación o situación mencionada. Y teniendo en cuenta que lo que pretende la LSMPH es, precisamente, que el deudor se vea favorecido por la mejora de los tipos de interés, si éstos se ven igualados por el primer prestamista, y en consecuencia éste colabora a esa modificación de las condiciones, ha de concluirse que el primer prestamista, si colabora tiene verdadero derecho a enervar la subrogación prevista e iniciada. Y la actuación que la Ley impone al acreedor originario para el ejercicio de su derecho a enervar, consistente en formalizar con el deudor en un plazo de quince días la novación modificativa igualatoria de la oferta, debe interpretarse en el sentido de que dicha exigencia queda cumplida con la comunicación fehaciente y vinculante que el acreedor realice al deudor de llevar a cabo la novación dentro del plazo señalado.

COMENTARIO

La Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo) surgió como respuesta a la demanda social que venía exigiendo un mecanismo para poder adaptar los préstamos hipotecarios constituidos con altísimos tipos de interés a los nuevos tipos más rebajados que favorecían al deudor hipotecario, tal y como se establece en su Exposición de Motivos: «El descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concierdan sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso».

Por ello, la finalidad pretendida por esta Ley es favorecer y dar al deudor esa posibilidad de modificar las condiciones de tipo de interés; bien subrogando sus hipotecas a otro acreedor, o bien, de forma más sencilla, mediante la novación modificativa con respecto al tipo de interés e incluso el plazo, en el mismo e inicial préstamo hipotecario, «operación que resultará muy beneficiosa para el deudor por ser la que soporta menos gastos y muy estimulante para el acreedor al darle ocasión de no perder su cliente», como añade la Exposición de Motivos de la Ley. En principio, parece razonable pensar que sólo si esta segunda opción no fuera posible, cabría la posibilidad de subrogar al primitivo acreedor hipotecario por uno nuevo, que sí ofrece mejores condiciones, por ser la novación modificativa más sencilla y beneficiar a ambas partes, y gozar de las mismas ventajas arancelarias y fiscales que la subrogación.

Pero otra cosa es que en la realidad práctica, muchas veces se prefiera y se venga utilizando más la subrogación —que parece más dificultosa—, produciéndose un mayor número de subrogaciones que de modificaciones en los préstamos hipotecarios.

Lo que quiero decir con esto es que, en una primera interpretación de la Ley y su finalidad, se podría pensar que lo importante y para lo que se elaboró esta Ley es para conseguir una mejora en las condiciones del tipo de interés del préstamo. Y si esto se consigue pactándolo con la primitiva entidad de crédito, es más fácil, más sencillo y se obtiene el beneficio común, tal y como ya se ha manifestado y pone de relieve la sentencia que se comenta.

En consecuencia con esta interpretación, el derecho a enervar la subrogación iniciada por el primer acreedor, siempre que iguale o mejore la oferta hecha por la otra entidad financiera, debe ser válida y eficaz, pues de este

modo se está cumpliendo con la finalidad pretendida por la Ley: mejorar para el deudor las condiciones del tipo de interés.

Si esa enervación dependiera exclusivamente de la posterior aceptación por el deudor (como puede interpretarse del propio art. 2) (1), y éste se negara a formalizar con el primitivo acreedor la novación, dejaría entrever que el pretexto o razón del deudor para la subrogación no es tanto conseguir la mejora de tipos de interés (que ya consigue de esta manera) sino aprovechar la Ley para conseguir (suponemos que por otros motivos) un cambio de acreedor, obteniendo la rebaja de los aranceles que facilita esta Ley. Cuando, si su pretensión real era la de cambio de acreedor sin más, podría hacerlo por el artículo 1.211 del Código Civil, que permite esa subrogación sin consentimiento del acreedor subrogado; eso sí, sin rebaja arancelaria ni ventajas fiscales, pues no sería un supuesto de la LSMPH. ¿Trata el deudor entonces de obtener un beneficio que en principio no le correspondería disfrazándolo de una subrogación de la Ley 1994? No hay que olvidar que los supuestos que recoge son absolutamente excepcionales y por tanto merecen una interpretación restrictiva.

Esta postura es la que parece defenderse por la propia Comisión del Registro de la Propiedad, pues mantienen que «si ejercitado por la primitiva entidad el derecho de enervar mejorando o igualando las condiciones de la oferente, el deudor no consiente la novación modificativa, el convenio que celebre con la Entidad oferente parece que no tendrá efectos subrogatorios de esta Ley. El precepto no lo dice claramente, pero se considera una interpretación adecuada a su espíritu y finalidad».

Por otra parte, la doctrina, y entre ellos, HERNÁNDEZ ANTOLÍN (2), corrobora esta postura, o tesis, en el sentido de que considera que si la mejora del tipo de interés (que es el único interés protegible del deudor por esta Ley) es ya satisfecho por el acreedor a través de cierta igualación de las condiciones financieras, carecerá de justificación reconocerle el derecho a sustituirlo por un nuevo acreedor, cuya oferta mejora al antiguo.

Sin embargo, el problema no siempre se ve así, y aunque la tesis expuesta tiene muchos puntos razonables, también hay que tener en cuenta que la oferta vinculante que puede hacer la segunda entidad crediticia puede ser igualada en cuanto al tipo de interés, pero no en cuanto a otras condiciones, tal y como subraya JOSÉ LÓPEZ LIZ (3). Y, por lo tanto, el deudor debe seguir manteniendo el derecho a subrogar al mismo, pues su oferta es mejor que la del primero. En efecto, la posibilidad de enervación puede debilitar la fuerza de la subrogación, pero, como mantiene este autor, no la mata, sino que debe seguir vigente, y debe caber al amparo de la Ley, aun cuando la oferta haya sido igualada por el nuevo acreedor y mal que le pese al primitivo. Según este autor, la interpretación que hemos expuesto antes no es la correcta, sino que el hecho de que el deudor no formalice la novación, o no colabore con la

(1) El artículo 2.3 LSMPH establece que para que la enervación sea válida y eficaz es preciso que se formalice con el deudor la novación modificativa pretendida y ofrecida por el primitivo acreedor en un plazo de quince días.

(2) Véase HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 662, 1994, págs. 1199 y sigs.

(3) Véase LÓPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 128 y sigs.

enervación instada por el primitivo acreedor, no quiere decir que no pueda seguir adelante con la subrogación iniciada, quedando ésta dentro del ámbito de la Ley (4). El fundamento de la enervación es la protección del deudor, pues sólo habrá efectiva enervación si en el plazo de quince días se suscribe la novación modificativa consentida por el deudor y, añade LÓPEZ LIZ, que con ello se pretende facilitar el que pueda obtener unas condiciones más favorables de su acreedor. Así, se obtiene igualmente la finalidad pretendida por la Ley, que es ofrecer condiciones más favorables para el deudor en su préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo parece compartir más la tesis expuesta en primer lugar, pues considera que «la Ley 2/1994 facilita al deudor el poder iniciar un proceso de subrogación de otro acreedor, el cual alcanzará la finalidad pretendida si el prestamista originario no presta su colaboración... Si hay tal colaboración, la subrogación iniciada quedará enervada». Admite, por tanto, que el poder enervar la subrogación por el primer acreedor hipotecario es un verdadero derecho. Y para que éste sea eficaz, basta con la comunicación fehaciente y vinculante al deudor dentro del plazo de quince días señalado. No es, entonces, necesaria la formalización de la novación dependiente del deudor para que esa enervación produzca efectos, tal y como parece desprenderse de la literalidad de la Ley.

Entiendo que el razonamiento del Tribunal Supremo es absolutamente lógico y coherente con la línea argumental que se defiende, pues sólo entendiendo que la formalización se equipara a la comunicación, se respeta verdaderamente el derecho a enervar del primer acreedor hipotecario, que, de otra forma, queda «en manos del deudor». Pero me parece que puede ser una interpretación un tanto amplia de la Ley 2/1994, que siempre debe ser interpretada de forma restrictiva. Luego, creo que teniendo en cuenta esto, y la segunda tesis expuesta en virtud de la cual el deudor no tiene porqué «soportar» la enervación si la oferta vinculante, en términos generales, es mejor, surgen dudas en torno a la decisión del Tribunal Supremo, que a lo mejor debe matizarse.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

CANCELACIÓN DE HIPOTECA. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO CANCELATORIO DEL TITULAR.—NO ES SUFICIENTE UNA CARTA DE «CANCELACIÓN ECONÓMICA». (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE ENERO DE 2004.)

Antecedentes.—El titular dominical de una finca solicita la cancelación de la inscripción de hipoteca que recae sobre la misma, mediante la presentación de la instancia de solicitud y certificado expedido por la entidad acreedora en el que declara que el préstamo garantizado con la hipoteca ha sido cancelado económicamente.

(4) En concreto, LÓPEZ LIZ sostiene que la Ley «en absoluto dice, ni clara, ni ambiguamente, que el desaire del deudor a la oferta igualatoria de su primitiva acreedora, le impedirá acogerse a los beneficios de la subrogación que la Ley establece», véase, *ob. cit.*, pág. 131.

El Registrador rechaza la inscripción por entender que ese certificado de cancelación económica no es suficiente para cancelar, pues para llevarla a cabo es necesaria la escritura pública conteniendo el consentimiento cancelatorio del acreedor hipotecario; y que no puede cancelarse en virtud del artículo 82.5 LH, por no cumplirse los plazos en él establecido.

El titular del dominio recurre la calificación del Registrador.

Doctrina.—La DGRN desestima el recurso presentado, pues el principio de legalidad recogido en el artículo 3 LH, y, en particular en el 82 LH, exigen que, para la cancelación de las inscripciones hechas en virtud de escritura pública, debe otorgarse otra escritura o documento auténtico donde conste el consentimiento para la cancelación de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción. No es aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 82.5 LH, al estar constituida la hipoteca por plazo de quince años a contar desde el 10 marzo de 1982.

COMENTARIO

El problema que se aborda en esta Resolución, como bien resume el Registrador es si, pagado un préstamo garantizado con hipoteca, y certificando el acreedor que ha sido satisfecho en un documento privado, es suficiente la solicitud del dueño acompañada de este certificado para cancelar la correspondiente hipoteca; o si, por el contrario, es necesario que el acreedor hipotecario preste su consentimiento a la cancelación en escritura pública como exige el artículo 82 LH.

Está claro que pagado el préstamo garantizado con hipoteca, éste se ha extinguido, y por razón de accesoriedad, con él la hipoteca que lo aseguraba. Extinguido el derecho real de hipoteca, debe cancelarse su inscripción, pues sino este derecho sigue como vigente para los terceros hipotecarios. ¿Cómo debe llevarse a cabo esa cancelación? ¿Basta para ello con presentar prueba de extinción de la obligación garantizada que, en definitiva, supone la extinción del derecho real?

Esa es la cuestión que vamos a tratar de aclarar desde estas líneas.

Pero, primero, hay que confirmar lo que mantiene el Centro Directivo, en cuanto que no cabe alegar, en este caso concreto de cancelación de hipoteca, lo dispuesto en el artículo 82.5 LH, que es una suerte de cancelación automática sin necesidad de consentimiento del titular. En él se establece que podrán cancelarse directamente, a solicitud de cualquier titular de derecho sobre la finca afectada, las hipotecas que no tengan señalado plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías; sería, en este caso, los veinte años de prescripción de la acción hipotecaria (art. 128 LH). Pero no es aplicable en este supuesto, pues la hipoteca se constituyó por un plazo de quince años a contar desde su constitución, en marzo de 1982.

Desechada la posibilidad de cancelar en virtud del artículo 82.5 LH, hay que recurrir a la regla general de cancelación.

En efecto, como regla general, para llevar a cabo la cancelación de una inscripción practicada en virtud de escritura pública, será siempre necesario que el titular del derecho que se cancela, en este caso acreedor hipotecario, preste su consentimiento en otra escritura pública a tal cancelación (art. 82.1 LH).

¿Por qué para inscribir basta constatar el nacimiento del derecho y la presentación del título que recoge ese nacimiento o modificación, y, sin embargo, para cancelar es necesario, además de la extinción del derecho y su constatación, ese consentimiento extra?

Es más, en concreto, para cancelar un crédito hipotecario, extinguido por pago, el artículo 179 RH corrobora esta regla general, ya que este artículo contempla el supuesto de que, extinguida la hipoteca al hacerlo el crédito (pues ya se pagó), la sola constatación de la extinción del derecho inscrito (hipoteca), y a diferencia de lo que ocurre para practicar un asiento de inscripción, no es suficiente para poder practicar el correspondiente asiento de cancelación. ¿Por qué? ¿Cuáles son las causas de este especial requisito?

Merece la pena detenernos a examinar el porqué de esta forma especial de cancelación de crédito hipotecario recogida en el artículo 179 RH, que repite la regla general del artículo 82.1 LH.

A primera vista, parece que, extinguida la hipoteca por razón de accesoriedad al hacerlo el crédito, debería cancelarse directa y automáticamente su inscripción. Es decir, parece que lo propio sería una cancelación automática por la extinción directa del derecho, conforme a los artículos 79.1 y 82.2 LH, ya que así se desprende del propio título, bastando, entonces, para cancelar, la acreditación de que dicha extinción se ha producido, al igual que ocurre, por ejemplo, en la cancelación de extinción del usufructo.

Pero, sin embargo, el legislador opta por una solución distinta, y establece de manera clara y concreta, con un precepto destinado a ello exclusivamente, que la cancelación de la hipoteca extinguida por pago del crédito que garantiza se hará mediante la correspondiente escritura pública en la que constará el consentimiento del acreedor hipotecario a ello (art. 179 RH). Este artículo está en perfecta sintonía con el artículo 82.1 LH, del cual no es sino una redundancia, y en coherencia lógica con el 174.2 RH.

¿Por qué se exige este consentimiento del acreedor hipotecario, en vez de producirse una cancelación automática? ¿Cuál es la justificación del artículo 179 RH?

Haciendo un repaso a la evolución histórica y a los antecedentes legislativos en esta materia, vemos que el artículo 179 RH pone fin a las vacilaciones legales en torno a la forma de llevarse a cabo la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago, ya que en 1870 se consideraba que se podía cancelar directamente, pero, más tarde, las siguientes leyes y reglamentos no dijeron nada sobre el tema. Con la aparición del artículo 179 RH se despejan las dudas, pues queda claro que esta cancelación debe hacerse por medio de una nueva escritura, conteniendo el consentimiento del acreedor hipotecario para la cancelación, es decir, mediante negocio cancelatorio.

En este sentido se manifiestan las Resoluciones de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964, que justifican y dotan de sentido al artículo 179 RH, justamente, como precepto aclarador de cómo debe practicarse la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago, ante los silencios y negativas de la legislación anterior.

Unido estrechamente al motivo anterior, y como consecuencia del mismo, se encuentra el segundo de los fundamentos del artículo 179 RH: coordinar, por fin, los textos legales y reglamentarios en esta materia. Es decir, el artículo 179 RH viene a confirmar plenamente lo establecido en el artículo 82.1 LH; es una copia o repetición del mismo, y por eso se logra una perfecta coherencia y coordinación del texto legal con el reglamentario, de la cual se

careció en etapas anteriores. El artículo 82.1 LH es la regla general, y el artículo 179 RH es una concreción de la misma, que se resalta con un artículo específico para ello, por su conflictiva evolución histórica.

Asimismo, doctrinalmente se encuentra la justificación del 179 RH en la tesis que defiende la diferenciación absoluta entre los derechos reales y los de crédito. Ésta —a diferencia de la tesis de la accesoriedad— considera que el derecho real de hipoteca es tan distinto del crédito que garantiza, que, aunque éste se extinga por pago, la hipoteca no lo hace automáticamente, sino que va a necesitar, además, otras formalidades. La extinción y consecuente y necesaria cancelación del derecho real —por implicar una enajenación— requiere en el sujeto que la lleva a cabo una capacidad mayor, la de enajenar, y en consecuencia, unos requisitos especiales. Esto se debe a que la persona que puede extinguir el crédito recibiendo el pago, no siempre puede cancelarlo, pues es necesario que tenga esa capacidad de enajenar y que consienta, además, en esa cancelación (1). Congruentemente, el artículo 179 RH, corroborando esta doctrina, exige un requisito más para cancelar la hipoteca: la necesidad de que el acreedor hipotecario —con capacidad para enajenar— preste el consentimiento a esa cancelación, sin que se pueda cancelar automáticamente la hipoteca que garantizaba el crédito que previamente se extinguió. Las palabras de ROCA SASTRE (2) resumen perfectamente esta idea: «si se parte de la diferenciación enérgica entre el crédito y la hipoteca, a base de que uno y otra son entidades respectivamente pertenecientes al campo de las obligaciones y al de los derechos reales, la conclusión será que el pago del débito garantido sólo extingue la obligación, y que, por consiguiente, la extinción del derecho real de hipoteca requiere un acto especial de cancelación. Entendido así, el consentimiento del acreedor será indispensable».

Sin embargo, en torno a esta explicación surgen dudas y puntos oscuros que no aclara suficientemente: La separación entre los derechos reales y los de crédito en relación con la extinción de crédito hipotecario por pago implica que, para extinguir uno y otro, es necesario seguir procedimientos distintos. En concreto y tal como ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia registral, la diferenciación entre ambos implica dos cosas: 1) para extinguir un derecho real frente a todos es necesario cancelarlo con el consentimiento del acreedor hipotecario a tal efecto —negocio jurídico cancelatorio—, no siendo suficiente una cancelación automática en virtud de accesoriedad del derecho de garantía respecto al crédito, pues tal cancelación supone un desprendimiento de derechos, cuyo titular debe, consecuentemente, consentir. 2) En segundo lugar, ese consentimiento cancelatorio debe prestarse por el acreedor hipotecario —titular—, que debe tener la capacidad suficiente para enajenar o disponer, pues la cancelación equivale a disposición. De este modo, como se ha reiterado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia registral, el que

(1) La doctrina considera que así ha interpretado la DGRN el artículo 179 RH: Cfr. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV-2.º (1968), Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 1118-1120; DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, págs. 342-345; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, pág. 92; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 467.

(2) Cfr. ROCA SASTRE, R. M., «Derecho Hipotecario», IV-2.º (1968), *ob. cit.*, pág. 1119.

está capacitado para cobrar créditos —y por tanto extinguirlos— no tiene porqué estar capacitado para cancelar el derecho real de hipoteca que lo asegura, ya que la propia naturaleza de la cancelación exige una capacidad y requisitos especiales en la persona que la lleva a cabo.

Pues bien, el artículo 179 RH corrobora la doctrina de la distinción entre los derechos reales y los de crédito en cuanto que exige un consentimiento «extraordinario» y necesario para cancelar el crédito hipotecario extinguido por pago. Se rechaza, gracias a este artículo, la cancelación automática, que implica la extinción y cancelación de la hipoteca, directamente, al extinguirse el crédito por razón de su accesoriedad (3). Pero, sin embargo, en este artículo 179 RH no se encuentra nada que dé pie o justifique la necesidad de una capacidad especial o mayor en el acreedor hipotecario para cancelar el derecho real de hipoteca que garantiza la obligación ya pagada. En efecto, nada dice este artículo acerca de la capacidad necesaria para llevar a cabo tal cancelación, y, además, en este caso concreto de cancelación de hipoteca por haberse pagado el crédito asegurado, no se puede aplicar la regla general —tal y como hace la jurisprudencia y doctrina registral— de que para cancelar debe tenerse la capacidad de disposición, —pues la cancelación implica una enajenación—. Y esto no es posible, ya que para cancelar un crédito hipotecario extinguido en virtud del pago de la obligación, basta y es suficiente la capacidad de administrar sus bienes, al igual que para cobrar y extinguir el crédito.

Por eso, se puede decir que la doctrina está confundida cuando justifica el artículo 179 RH en la separación entre derechos de crédito y reales, lo que lleva a exigir distintas capacidades para extinguir uno y otro. Esto no es así, pues la cancelación de un crédito hipotecario extinguido por pago necesita y exige la misma capacidad que el propio pago. Es decir, para recibir el pago y para cancelar el crédito extinguido por pago se requiere la misma capacidad, que es la de administrar. La razón de esto es que la cancelación de la hipoteca extinguida por pago es un acto debido: una vez pagado el crédito por el deudor, corresponde al acreedor recibir ese pago y cancelar el crédito hipotecario, pues sino se perjudica al deudor. Al acreedor no le queda más remedio que cancelar la inscripción del crédito hipotecario cuando se pagó y se aceptó dicho pago; su voluntad no interviene, la cancelación es, en este caso especial de extinción por pago, un acto debido del acreedor, y por eso le basta con la misma capacidad que para recibir el pago: la de administrar, y no necesita una capacidad mayor. Si el acto determinante de la cancelación es un negocio de disposición, tendrá que reunir los requisitos del negocio dispositivo y se exigirá una capacidad de disposición en el cancelante (vgr. en la renuncia a la hipoteca), pero la cancelación por pago de la obligación garantizada no es un acto voluntario sino forzoso para el acreedor. Al igual que el cobro de ese pago, la cancelación no es un negocio dispositivo y, por consiguiente, no exige una capacidad de disposición para llevarla a cabo, sino que le basta la de administrar sus bienes que, como ya se ha dicho, es también la necesaria para cobrar ese crédito.

Concluyendo, debido a la naturaleza de acto debido del pago y, por supuesto, de la cancelación correspondiente, la capacidad que necesita el acree-

(3) Por eso, considero que uno de los fallos de la teoría de la accesoriedad es que no justifica suficientemente la necesidad de un consentimiento cancelatorio para poder cancelar efectivamente el crédito hipotecario.

dor hipotecario para cancelar es la de administrar. Esto queda confirmado y es la única explicación posible a los supuestos recogidos en el artículo 178.2 y 5 RH. En estos preceptos se contemplan los casos en los que tanto los padres en representación de sus hijos menores, como el cónyuge a cuyo nombre esté inscrita la hipoteca ganancial, pueden cancelar los respectivos créditos hipotecarios teniendo solamente la capacidad de administrar sus bienes.

Corroboran esta idea las RRDGRN de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964 que, pese a poner de manifiesto la distinción entre el derecho de crédito garantizado y la hipoteca que lo asegura, y a proclamar que, por regla general, la capacidad necesaria para cancelar es la de enajenar, concluyen que, en los casos contemplados —de extinción de la obligación garantida por pago—, basta en el acreedor hipotecario la capacidad de administrar sus bienes. Asimismo, parte de la doctrina se hace eco de esta misma idea, poniendo de manifiesto la especialidad de la cancelación del derecho real de hipoteca o crédito hipotecario, cuando se haya extinguido por pago el crédito que garantizaba, ya que, entonces, basta la capacidad de administrar, pues, por el carácter de acto debido de la cancelación, quien puede cobrar puede cancelar (4).

Por tanto, en el artículo 179 RH se exige cancelar el crédito hipotecario extinguido por pago mediante una escritura pública conteniendo el consentimiento del acreedor hipotecario, en vez de automáticamente, confirmando, así, la tesis de la diferenciación entre el derecho de crédito y el derecho real de hipoteca que lo garantiza, que exigen distintas formas de extinción, y rechazando la teoría de la accesoriedad. Pero, sin embargo, puede cancelarse esa hipoteca sin tener la capacidad de enajenar, tal y como parece exigir la tesis de la distinción entre los derechos reales y los de crédito. Como consecuencia, tampoco se puede justificar plenamente el artículo 179 RH en esa teoría, pues este artículo no exige la capacidad que sería necesaria para cancelar según la misma, aunque sí se pone de relieve que el derecho real de hipoteca es distinto del crédito ordinario y no accesorio, pues requiere medidas especiales de cancelación.

Al llegar a este punto, conviene recapitular y plantearse cuál será, entonces, la razón o justificación del artículo 179 RH.

La razón última del consentimiento exigido en el artículo 179 RH no es otra que la excesiva protección que se pretende dar al titular registral. De manera que ningún acto relativo al derecho del cual es titular pueda llevarse a cabo sin su consentimiento o aprobación. Esto es, lógicamente, consecuencia de un desarrollo extremo del principio de legitimación registral, y no tanto de la diferenciación entre los derechos reales y los de crédito que, como ya se ha visto, tiene sus excepciones.

Concluyendo, la cancelación de un crédito hipotecario extinguido por pago deberá hacerse mediante otra escritura pública en la que conste el consentimiento del acreedor hipotecario (titular registral), como consecuencia de la

(4) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La extinción del crédito hipotecario», en *BCEHC*, núm. 72, 1997, pág. 512; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derechos reales. Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, págs. 467 y 545; AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 552-553; BONILLA ENCINA, J. F., «Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración», en *RCDI*, 1981, pág. 550; ZUMALACÁRREGUI, T., *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977, págs. 339-341.

aplicación estricta del principio de legitimación, que trata de proteger, sobre todo, a ese titular registral, bastando para ello la capacidad de administrar sus bienes.

Además, este artículo 179 RH, está en perfecta consonancia con el 82.1 LH, que es la regla general de las cancelaciones, así como con el 144 y el 174.2 RH, que repiten y confirman los artículos citados. El conjunto de todos ellos establece la regla general de cómo llevarse a cabo una cancelación registral, exigiendo el consentimiento del titular del derecho que se pretende cancelar, pues no se puede privar al titular registral de un derecho suyo sin su consentimiento.

Ese es el verdadero sentido o justificación del consentimiento especial que se exige al titular registral para cancelar el asiento que contiene su derecho. Parece que esa cancelación implica la disposición o pérdida definitiva y frente a todos de su derecho, lo cual debe conllevar siempre una medida especial para evitar esa pérdida en contra de su voluntad.

La Dirección General hace bien en confirmar, una vez más, esta idea, exigiendo ese consentimiento especial cancelatorio, tal y como requiere la Ley. Y no da cabida a nuevas cancelaciones más rápidas o automáticas, que los textos legales no contemplan, pero que, a lo mejor, la práctica y la rapidez que parece imponerse en los últimos tiempos en el tráfico, sí que lo están reclamando.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

DIFERENCIA ENTRE UNA DONACIÓN MORTIS CAUSA Y UNA DONACIÓN SIMPLE INTER VIVOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JULIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia, P. Z. I. interpuso demanda contra su hermano E. Z. I. y contra la herencia yacente de L. I. A. y J. S. L., solicitando que antes de proceder a la liquidación y partición de dicha herencia debería tenerse en cuenta el crédito de la demandante contra dicha herencia por importe de quince millones de pesetas y abonársele, siendo el resto de la herencia de dicho demandado, asimismo se solicita la condena en costas del juicio.

El demandado contesta a la misma y formula a su vez reconvencción y solicita, en primer lugar, que se declare nulo e inexistente el contrato supuestamente suscrito por L. I. A., sobre el que se basa la demanda, por falta de consentimiento de la suscribiente al concurrir dolo grave en su obtención, o subsidiariamente, error en el objeto o en los motivos de su celebración. El mencionado contrato es nulo e inexistente porque carece de causa o es esta ilícita, al tratarse de un contrato simulado que encubre una donación, que igualmente tiene causa ilícita, por burlar la prohibición de disponer de la legítima.

De forma subsidiaria para el caso de que no se admitieran los anteriores pronunciamientos, se pide que se declare nula la donación encubierta con el

carácter de *mortis causa*, por no adoptar la forma que regulan las disposiciones testamentarias. Se solicita la condena en costas, y como parte de la petición de nulidad del contrato suscrito, entiende que no ha lugar el reconocimiento económico contenido en el mismo y, además, se solicita que se declare la indignidad de la actora para recibir la herencia por sus maniobras de carácter fraudulento.

El Juzgado desestimó la demanda y declaró la nulidad de la donación, no aceptó, sin embargo, que esto motivara su consideración como causa de indignidad para recibir la herencia. Las costas se le impusieron a la parte actora, excepto las causadas por la demanda reconvencional formulada por el codemandado J. S. L., las cuales se imponen por mitad a éste y a la parte actora.

Recurrida la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado y nada dijo respecto a las costas.

Llegado el asunto al Supremo, éste declaró no haber lugar al recurso de casación, e impuso a la recurrente el pago de las costas de dicho recurso.

Doctrina.—Dice el Supremo que el núcleo esencial de la presente contienda judicial se encuentra en el documento aportado que a continuación se recoge:

«Que doña L. I. A., por razones que no interesa explicar, se compromete a satisfacer a su hija doña P. Z. I. la cantidad de quince millones de pesetas, que promete satisfacerle, bien entendido que doña P. Z. I. se compromete, a su vez, a no reclamar dicha suma durante la vida de su madre...».

Parece que el documento objeto de este comentario encierra una donación, por contener una liberalidad a favor de otra persona que la acepta (art. 618 del Código Civil), se trataría de una donación encubierta.

Así planteada la cuestión habría que determinar si se trata de una donación *mortis causa*, regulada en el artículo 620 del Código Civil, o, por el contrario, encierra una donación *inter vivos*, regulada en el artículo 621 del mismo. La primera solución es la que han recogido las distintas instancias judiciales por las que ha pasado. La segunda constituye la tesis de la recurrente.

COMENTARIO

Parece claro que estamos ante una donación, ya que de no ser así, bien pudiera haberse explicado en el contrato el concepto por el que la fallecida debía satisfacer la cantidad de quince millones.

Se trata, por tanto, de una donación encubierta, ya que al amparo de un negocio de distinta naturaleza se persiguen los fines propios de la donación. Y ¿es válida la donación en estos casos?, pues si vulnera una prohibición, carece de la forma exigida en el artículo 633 del Código o no contiene los elementos exigidos por el 1.261 del Código sería ineficaz.

No recoge esta sentencia otras del alto Tribunal sobre las donaciones disimuladas, pero puede resultar interesante traer a colación las sentencias del Supremo de 24 de marzo de 1950 y 10 de marzo de 1978, en las que exige para la validez de las donaciones disimuladas la concurrencia de los elementos del artículo 1.261, entre los que destaca de forma preeminente la licitud de la causa, circunstancia que no concurre cuando su finalidad consiste en defraudar derechos hereditarios.

Considerado el negocio como donación, el paso siguiente es saber si se trata de una donación *inter vivos* o *mortis causa* en razón a que produzca sus efectos desde el momento de su constitución o a partir de la muerte del donante, sólo entonces puede el donatario hacer suyos los bienes donados o, como dice la sentencia del Supremo, de 23 de marzo de 1948, según los efectos del acto de liberalidad se produzcan en vida o después de la muerte del donante.

El Supremo declara de forma contundente que se trata, de forma indubitada, de la figura de una donación *mortis causa* y argumenta que es así porque no hay donación de presente con la pérdida lógica del dominio y la disposición de lo donado, ya que su hija se compromete a no hacer reclamación alguna «durante la vida de su madre», es decir, que «la donación la hizo la madre de la parte recurrente a ésta sin intención de perder la libre disposición de lo donado y que la donación en cuestión surtiría sus efectos al terminar la vida de la donante». (En este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 1997.)

Aceptado el hecho de que se trata de una donación *mortis causa* debería reunir los requisitos preceptivos para la misma. Y, dice el Supremo, que «en el presente caso, es incontrovertido que la referida donación no ha cumplido los requisitos que exige la plasmación de una voluntad en testamento, y ni siquiera dentro de la modalidad del ológrafo, ya que el documento referido fue redactado sin autografía total —requisito indispensable—. Es necesario guardar en las donaciones *mortis causa* las formas y solemnidades del testamento (1) debiendo, asimismo, aplicarse las reglas de la sucesión testamentaria.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO QUE REFORMA UNA EDIFICACIÓN PARTIENDO DE LO YA EJECUTADO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Antecedentes.—La obra donde se aprecian los vicios ruínógenos —objeto de la presente litis— fue realizada muchos años antes de que la empresa constructora comenzase las obras de rehabilitación y terminación del complejo urbanístico, de forma tal que, en realidad, si un arquitecto se ha de basar en lo efectuado anteriormente por otro, está asumiendo lo llevado a cabo por éste, e igualmente de acuerdo con la jurisprudencia no puede eludir la responsabilidad afirmando que lo anteriormente ejecutado y dirigido lo fue por otra persona.

Doctrina.—El artículo 17, apartado 7, de la Ley de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, preceptúa que quien acepte la dirección de una obra cuyo

(1) Sentencia del Supremo de 13 de junio de 1994. En el mismo sentido, SSTs de 7-I-1975, 7-XI-1979, 24-II-1986, 8-VII-1943, 21-X-1896.

proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto sin perjuicio de la repetición que pudiera corresponderla frente al proyectista. Además, suponiendo que en él se haga referencia a las nuevas obras y a la continuación de las antiguas, es de todo punto evidente que debió comprobarse el estado de impermeabilización de éstas, pues si era defectuoso, se comunicaría a la primera de forma necesaria y de nada serviría la impermeabilización prevista en el proyecto, pero si se refiere sólo a las nuevas obras es razonable pensar que no se tuvo inconveniente en aceptar lo hecho con anterioridad.

COMENTARIO

A lo largo de la litis se deduce que en realidad si el arquitecto demandado hubiera colmado las exigencias que la jurisprudencia les impone, hubiera hecho un estudio de la cimentación de los bungalows y de la compactación del terreno, hubiera redactado un proyecto para evitar las filtraciones que posteriormente se han llevado a cabo, y hubiera reformado la compactación del terreno, estaríamos en presencia de un arquitecto que asume la responsabilidad y el buen hacer que exige la doctrina jurisprudencial interpretadora del artículo 1.591 del Código Civil, pero como el mismo no examinó lo anteriormente efectuado, como no detectó los problemas que aquella obra tenía, como no redactó un proyecto para evitar las humedades proponiendo las impermeabilizaciones correspondientes, como no hizo nada de eso, hemos de concluir diciendo que el arquitecto demandado es responsable de la ruina de los bungalows, aún cuando la construcción de aquellos bungalows, en su primera fase, se hubiera hecho en base a un proyecto distinto al suyo, pues es innegable que aquel proyecto lo asumió como suyo al basar su obra sobre lo ya efectuado. Paralelamente decir que los vicios ruinógenos consisten en la falta de impermeabilización de los cimientos, necesaria para impedir la difusión de la humedad a los muros de carga y de contención del terreno del jardín, de manera que si el arquitecto demandado aceptó la obra no es dudoso que aceptó la responsabilidad que de lo hecho se pudiera derivar, no pudiendo escudarse en la ajeneidad del trabajo aceptado. Y lo antedicho es tanto así que hemos de decir que es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias, atribuyendo su causa a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarlos, sus conocimientos técnicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades que, por otra parte, le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su profesión.

CONTRATO DE SEGURO. EXENCIÓN DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DE LA ASEGURADORA. PRESUNCIONES QUESTIO FACTI Y QUESTIO IURIS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—El problema litigioso versa sobre la pretensión de condena de una Compañía aseguradora a pagar la indemnización de daños y perjuicios producidos por un incendio en el objeto asegurado.

Doctrina.—Parte la presente litis del planteamiento de que para que la presunción judicial u *hominis* sea admisible es preciso que el hecho base o indicio esté completamente demostrado o que en otro caso se pruebe, tal como dispone el artículo 1.249 del Código Civil, pero tal precepto no se refiere al proceso lógico sino al hecho base, ocurriendo entonces que los hechos base están fijados en la sentencia recurrida, y en este caso no cabe hablar de infracción del artículo 1.249, bien porque no se han fijado o bien porque no se han declarado probados, defecto que puede obedecer a una falta de motivación, y ello habría exigido, en el sentir de la sentencia, una denuncia específica o un error en la valoración de la prueba que sólo puede acceder a casación de modo excepcional y con el planteamiento adecuado, alegación ésta de la infracción de una regla legal de prueba eficaz para la finalidad pretendida. Por otra parte, es claro que el artículo 1.253 del Código Civil se refiere al proceso lógico de la presunción, es decir, a la actividad discursiva de la inferencia que permite apreciar, según las reglas del criterio humano, el enlace preciso y directo entre el hecho conocido, demostrado o probado, y el que se trata de inferir, pero la posibilidad de su revisión en la casación, aunque se trate de una *questio iuris*, está sujeta a una valoración limitada, pues no basta aportar una conclusión lógica, cuando la contraria o distinta acogida por la resolución recurrida no puede ser tildada de ilógica o contraria al criterio del buen sentido. Por último, la aplicación del artículo 48 de la Ley 50/80 sobre el contrato de seguro, párrafo segundo, tiene como efecto jurídico el eximir a la Compañía aseguradora de la obligación de indemnizar y exige cuatro requisitos: 1) que se haya producido el siniestro del incendio; 2) que el mismo haya sido provocado por el asegurado; 3) que haya habido dolo o culpa grave por parte de éste, y 4) que se dé una relación de causalidad entre el hecho o acción —maliciosa o imprudente— del asegurado y el siniestro; y es que si no consta probado que el incendio haya sido provocado o causado, directa ni indirectamente, por el asegurado no se da el supuesto contemplado en la norma cuya infracción se denuncia, y huelga discurrir acerca del dolo o culpa grave del asegurado y del nexo causal.

Además se analiza que la valoración de existencia de causa justificada cabe hacerla en casación como concepto jurídico indeterminado que es, cuando no se altera la base fáctica sobre la que se configura el juicio jurídico, tanto es así que las circunstancias fácticas de nuestro caso, aunque no hayan tenido la entidad necesaria para formar la convicción judicial de atribuir la causación del siniestro al asegurado, es obvio que revisten una apariencia de razonabilidad suficiente para entender que se da una situación de incertidumbre o duda racional que justifica la aplicación de la exclusión legal del recargo. Por otro lado, no cabe atribuir al convenio aludido más alcance del que tiene, que es el relativo a la cuantía del daño, pero no sobre la procedencia de su indemnización, y es que la solución que se acoge armoniza plenamente con la que constituye reiterada doctrina de la Sala en sede de aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que excluye su aplicación cuando aparece como justificada, o al menos explicable, la existencia de controversia judicial, entre otras hipótesis, como la de autos, por discrepancia razonable en torno a la procedencia o no de cobertura del siniestro, de esta manera se deberán únicamente los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial, y ello es así porque en dicha resolución se resolvió el problema fáctico que servía de sustento a la incertidumbre —procedencia de la responsabilidad de la asegurado—

ra—, desapareciendo desde ese momento la «justificación legal» del impago a los efectos de dicho precepto, sin que sea óbice la posibilidad del recurso de casación, pues en el mismo no se planteó mediante soporte procesal adecuado la referida problemática, ni se dan visos de que ello pudiera haberse hecho con la misma esperanza de éxito, dada la naturaleza y función del recurso extraordinario, y también se deberán solamente los intereses moratorios del artículo 1.108 del Código Civil desde la fecha de la interpelación judicial hasta la fecha de la sentencia del Juzgado, ello es así desde el punto de vista sustantivo porque la cantidad concedida en la sentencia tiene el carácter de vencida, exigible y líquida, y desde el punto de vista procesal porque ha habido petición de intereses en la demanda, lo que disipa cualquier sombra de incongruencia, y es de aplicación el principio de que «lo más comprendido de lo menos».

COMENTARIO

La conclusión lógica alcanza que el incendio fue causado por la propia demandante, pues aún dando por acreditados todos los hechos que señala la recurrente como indiciarios, la única conclusión lógica y precisa sería la de la intencionalidad del incendio, pero ello podría ser atribuido, lógicamente, tanto a los demandantes como a personas desconocidas, de suerte que de esta manera falla el mecanismo presuntivo lógico que permite atribuir a los socios de la aseguradora actora una actuación intencional en la producción del siniestro, además a lo largo de la litis se fundamenta la infracción en la existencia de causa justificada para no realizar el pago hasta la declaración de una sentencia firme que así lo establezca por existir cuando menos una duda razonable acerca del origen del incendio.

SEGURO DE VIDA Y ENFERMEDAD DECLARADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—Se denuncia la infracción del artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de «Contrato de Seguro», al entender que en el supuesto litigioso no existió cuestionario, y del mismo se infiere que el asegurado quedó exonerado del deber de declarar y de las consecuencias negativas derivadas de la ocultación de la grave enfermedad que padecía.

Doctrina.—El planteamiento de esta litis contradice frontalmente los hechos que establece como probados la sentencia recurrida, pues no comparte las alegaciones vertidas por el letrado de la recurrente en el acto de la vista sobre la inexistencia de cuestionario, ya que en el boletín de adhesión al seguro se contienen las contestaciones del asegurado a cuatro preguntas que le fueron formuladas, y ese documento fue suscrito por las partes con pleno conocimiento de su contenido, siendo indiferente que las preguntas fueran formuladas por un empleado de la prestamista que tenía reconocida la condición de Agente de Seguros, ya que lo relevante es que fueron hechas al tomador del seguro. Además, la sentencia refrenda la declaración de la de

primera instancia, que consideró que el esposo de la actora, que había concertado un seguro de vida con la demandada y falleció durante su vigencia, había actuado con culpa grave al omitir, en la contestación al cuestionario que se le presentó, que se le había diagnosticado una grave enfermedad, enfermedad esta que, meses después, originó su fallecimiento, por lo que de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo, *in fine*, del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro queda la aseguradora liberada del pago de la prestación.

COMENTARIO

La circunstancia de «tener interés directo en el pleito» está contemplada en la ley bajo dos aspectos claramente identificativos y que son los siguientes: 1) causa de inhabilitación, y 2) tacha, o dicho de otra forma, puede efectuarse primeramente oposición a la admisibilidad del testimonio, y si esta alegación no se hubiera efectuado en tiempo, cabe la tacha posterior. El testigo en cuestión no fue atacado por ser su testimonio inadmisibles, sino simplemente porque se le tachó. La tacha únicamente pone al Juez en guardia sobre la crítica del testimonio del testigo tachado, pero no lo invalida. En el caso, además el referido testimonio resulta «indiferente» en el conjunto de las pruebas practicadas. No se olvide, además, que la valoración del testimonio está excluida de la materia casacional y ello según reiterada jurisprudencia. Además, la consideración a la infracción del *onus probandi* y posible vulneración al artículo 1.214 del Código Civil, tal acusación carece de fundamento, pues reiterada y notoria es la jurisprudencia que destaca la inaplicabilidad del precepto cuando los hechos básicos referidos resultan probados y no hay dudas o insuficiencias sobre la prueba, de manera que el juzgador se vea obligado a imputar las consecuencias de la falta de la prueba a alguna de las partes.

TERCERÍA DE DOMINIO. LEVANTAMIENTO DEL VELO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—Se debate en la presente litis la infracción a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativo a la doctrina del «levantamiento del velo de la personalidad jurídica», al abuso y fraude de derechos por medio de personas jurídicas con daño para tercero y relativa a la condición de tercero de una persona jurídica.

Doctrina.—La jurisprudencia angloamericana creó la figura de la teoría del levantamiento del velo que desemboca en la acción de rasgar el velo con la finalidad de deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, todo ello con el fin de evitar el fraude a terceros, que se realizaba a través de la ingeniería societaria que permite la estructura de la sociedad anónima, y cuya posibilidad de efectos era casi ilimitada, lo que a veces llevaba, entre otros, a las consecuencias dañinas de simular la constitución de una sociedad para eludir o hacer prevalecer ciertos derechos. Como consecuencia de ello, la jurisprudencia de la Sala ha construido la doctrina de dar a los jueces la posibilidad de utilizar

la desestimación de la personalidad jurídica y la penetración en el núcleo de la misma, así como destruir el abuso del derecho, la anulación de la buena fe y la construcción del fraude, que se puede generar a través de la constitución de una sociedad determinada y para ello ha utilizado los valores consagrados en la Constitución Española, como son el de la seguridad jurídica y el de justicia —arts. 1.1. y 9.3—. Pero para ello se ha de partir de la plasmación de unos datos fácticos, a lo que se ha de llegar a través de una actuación hermenéutica correcta y lógica, huyendo de cualquier extravagancia o irracionalidad.

COMENTARIO

En la sentencia recurrida y con base a lo dicho en la sentencia de instancia que utiliza las pruebas testifical, pericial contable y pericial técnica obrante en autos, se llega a la conclusión de que las entidades que son parte integrante del litigio tienen el mismo socio fundador, el mismo domicilio social y además el mismo administrador, por ello pretender que la segunda sociedad pueda hacer valer una tercera de dominio sobre bienes embargados de la primera entidad es atacar la esencia de dicha institución de tercera de dominio, puesto que rompe el núcleo de la misma que establece que el que deduce la tercera de dominio no puede figurar como pasivamente legitimado en el título ejecutivo, y esto es lo que acontece en el presente caso, todo ello a través de la configuración de distintas sociedades, que no son otra cosa que el desdoblamiento de una persona con fines fraudulentos, rompiendo el principio de la buena fe negocial.

DAÑOS Y PERJUICIOS. CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez.

Antecedentes.—Se estima la demanda interpuesta por la «Sociedad Agraria de Transformación Monte Ariza», y se condena a los demandados, don José Rodríguez Norriella y «Aguamoya, S. A.», a que indemnicen solidariamente a la suma que se determine y se concrete en ejecución de sentencia por paralización de la obra. En base a los mismos se irrumpe en camino público y se constituye sobre él una casa, después se procede a paralizar las obras de la mencionada Sociedad Agraria de Transformación Monte Ariza, manifestando que el camino ha sido construido por él para acceder a su propiedad cuando la tubería instalada nunca incidió en terreno de Aguamoya, S. A., lo que determinó la calificación de temeraria la pretensión ejercitada por los órganos jurisdiccionales de primero y segundo grado que pasó después en el proceso declarativo a ser un defensor del carácter público del camino, en oposición y contraste a su anterior conducta procesal.

Doctrina.—Se señala la inaplicabilidad de la doctrina en las sentencias recogidas en la resolución de apelación, aduciendo que en los supuestos que recogen tales sentencias existe siempre una actuación libre y voluntaria que inequívocamente indica la admisión del reconocimiento previo, man-

tenido y vertido al futuro. Se presenta también un inequívoco grado de permanencia, no dándose tales circunstancias en este caso porque cuando los recurrentes accionaron interdictalmente contra la Sociedad Agraria de Transformación Monte Ariza fue porque ésta realizaba las obras de levantamiento de tierra, por lo que el reconocimiento de dicha Sociedad Agraria de Transformación fue tan sólo y exclusivamente para lo que entonces se hacía, pero la capacidad de tal entidad queda circunscrita al campo al que sus Estatutos refieren su ámbito social. Pero, en realidad, se recogen tres motivos o causas diferentes: La primera, la ausencia de las precisas y necesarias cualidades para la comparecencia en juicio relacionado con la necesidad de que el demandante ostente la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. La segunda, a no acreditar el carácter con que se reclama, o lo que es igual, no acreditar la específica idoneidad derivada de la relación con la situación jurídica en litigio justificante de su intervención. Y, finalmente, la tercera, no demostrar la representación con que se actúa, mediante la aportación del documento o documentos en que conste el correspondiente apoderamiento. Paralelamente, considera la parte recurrente que el ejercicio de una acción interdictal que no prospera no puede dar sin más lugar a una responsabilidad reconocida en la sentencia *a quo* por la paralización de las obras. Añade que la sentencia recurrida yerra porque se trata de hechos anteriores a 1992, año en el que se produjo el cambio jurisprudencial. Así, la sentencia de 26 de julio de 1989, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vélez-Málaga declara la falta de legitimación de los recurrentes en esta vía casacional porque pretendían como propio, y en ello fundaban su actuación, un camino de dominio público, por lo que aparecían como carentes de causa de pedir, y habiendo sido informada previamente la actora interdictante por el Presidente de la Cámara Agraria llegó a reconocerlo así en la diligencia de reconocimiento judicial. Por ello, tal sentencia apreció su temeridad y le impuso las costas procesales. La sentencia de alzada, que cerraba todo el iter procesal, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, de 25 de noviembre de 1989, niega toda legitimación a la actora y apelante, por no ostentar ni siquiera la posesión material y tratarse de un camino vecinal, faltando la *legitimatio ad causam* y confirmó la resolución de primer grado en todos sus extremos. Por lo que visto esto, no ofrece ninguna duda que la parte interdictante proclamada por los órganos jurisdiccionales a que se ha hecho mención interpusiera un procedimiento que llevaba consigo la paralización de unas obras, no sólo hasta la sentencia de primer grado, sino hasta la firmeza y con la conciencia de la carencia de legitimación para ello, y sin importar los perjuicios que originara. Y no es preciso acudir al cambio jurisprudencial a que se ha hecho alusión, pues es suficiente con el abuso de derecho y con la defensa que permite el artículo 1.902, frente a quien por acción, conducta temeraria y torticera causa un daño, a través precisamente de un procedimiento judicial que no produce efectos de cosa juzgada y que es precisamente en el juicio declarativo en que se postula la justa, razonable y equitativa reparación del daño. El principio es que el que causa un daño injusto con su temeraria actuación procesal está obligado a reparar el daño causado. No se puede ahora pretender que se vuelvan a examinar los hechos y señalar, si era o no aplicable la jurisprudencia citada, cuando el presupuesto fáctico es paradigma de la conducta de mala fe y temeraria que causa un daño y que ahora sigue alterando el presupuesto fáctico y presentándose como defensora de bienes demaniales.

COMENTARIO

El principio general de una copiosísima doctrina jurisprudencial es que «no puede combatir la personalidad de un litigante, quien dentro o fuera de juicio se la tuviera reconocida», y no ofrece duda alguna que en el caso litigioso la parte recurrente se la tuvo reconocida en vía interdictal para demandar a tal entidad por unas supuestas obras nuevas, de forma tal que resulta justo, lógico y normal que peche ahora con tal reconocimiento para que la reclame la sociedad reconocida por los perjuicios debidos a una indebida paralización. No obstante lo visto, se pretende hacer valer una excepción de personalidad de la actora cuando se la había reconocido de la forma más paladina al demandarla en un interdicto de obra nueva para después alegarla frente a la reclamación planteada en esta litis en reclamación de perjuicios por la suspensión acordada en tal interdicto, además se transmitió a la entidad actora el derecho a reclamar por los perjuicios causados por la paralización de las obras y como no se está en presencia de un derecho personalísimo, sino transmisible y no altera su objeto social, que no viene reconducido, como equivocadamente pretende la parte recurrente en la puesta en regadío de determinada extensión superficial aportada, sino asimismo en la explotación de dicha tierra y, por consiguiente, los daños causados en tal explotación y, en concreto, por su impedimento temporal a la puesta en regadío, pueden reclamarse por la entidad demandante, mucho más cuando los mismos socios, propietarios y aportantes de la tierra le han encomendado tal misión y su personalidad es correlativa y consecuencia de haber sido antes demandada en un proceso desestimado por la falta de razón y de legitimación, pero que determinó una paralización de la puesta en regadío y con ello originó perjuicios. La doctrina de la Sala posibilita la condena al que ejercitó la acción interdictal conducente a la producción de perjuicios a consecuencia de la suspensión de las obras, siempre que se contemple por las circunstancias concurrentes un comportamiento abusivo de quien instó la paralización de la obra, o sea acudiendo al interdicto con falta de la normal prudencia exigible con respecto a la obra afectada. Y es que la doctrina casacional citada, e incluso la posterior, posibilita la condena de quien ejercita acciones interdictales basadas en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción como ausencia de la normal prudencia. Además, se declara probada la existencia de perjuicios y se remite al período de ejecución de sentencia su concreta cuantificación siendo exigencia inexcusable que los perjuicios estén acreditados y así se declare por la resolución *a quo* con carácter de dato fáctico y hecho probado, que no se ha combatido adecuadamente por la parte recurrente y que, por tanto, permanece incólume. Entiende la doctrina jurisprudencial que se debe prescindir de tal remisión al período de ejecución, por razones de economía procesal y por el deber de poner punto final a las situaciones litigiosas y en beneficio de todos los litigantes «en los casos en que el juzgador, razonablemente, aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo el *quantum* indemnizatorio».

SUSPENSIÓN DE PAGOS. EL ACREEDOR COMO TENEDOR LEGÍTIMO DE LA CAMBIAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Base fáctica.—El «Banco de Comercio, S. A.» demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad «Poima Balear, S. A.», e interesa que se dicte sentencia por la que se declare que la demandada adeuda una determinada cantidad de dinero, condenando a abonarlo inmediatamente con sus intereses legales y pago de costas.

Doctrina.—Corresponde traer a colación ahora la sentencia de esta Sala de 17 de junio de 1991, que, al contemplar un supuesto similar al detallado en el párrafo precedente, sienta que la «viabilidad legal de que el acreedor, sin perjuicio de mantener su posición crediticia en la suspensión de pagos del deudor aceptante, por su cualidad de tenedor legítimo de la cambial, pueda, asimismo, hacer valer su derecho en este negocio y librador de aquella cambial, proviene de que: 1) no existe prohibición o limitación legal alguna que se lo impida; 2) en ambas vías ejercita su derecho como tal acreedor, en la suspensión de pagos por ser tenedor de la letra y en el proceso ordinario por haber descontado la cambial a su cargo y en beneficio del deudor demandado —acción declarativa, pues, equivalente en el objetivo reintegro económico, a la acción cambiaria de regreso o reembolso—, 3) no existe el riesgo del doble pago del crédito, pues, es obvio, que en su caso, tras la ejecución de la condena del demandado, éste obtendrá a cambio, las citadas cambiales y se subrogará por ello en aquella suspensión de pagos como nuevo tenedor, además de conservar su primitiva cualidad de librador de las mismas; y 4) dentro de la jurisprudencia de intereses, no es inútil ni superflua la actual reclamación contra su deudor, pues, cualquiera que fuese el final de aquel procedimiento concursal, el crédito del actor padecería el quebranto de la quita y espera, mientras que, con la elección de esta vía, pretende la satisfacción *in totum* de su derecho.

COMENTARIO

La sentencia impugnada ignora que el *ius variandi* del acreedor consiste en formular reclamaciones contra todos los obligados, mientras la deuda no haya sido cumplida por entero y no queda impedido por el hecho de que se haya demandado judicialmente a cualquier deudor ya que se posibilitan nuevas reclamaciones. Además la sentencia recurrida conculca la posición jurisprudencial recién expresada, amén de que la conclusión contenida en la misma sobre que ejercitar la deuda contra dos deudores solidarios simultáneamente, en dos procedimientos distintos, puede conllevar, además de una litispendencia, a la inseguridad jurídica y al fraude procesal, que significaría el doble cobro y devolución del exceso, no es válida, pues, si la libradora paga lo reclamado, obtendrá las letras de cambio y con ellas puede exigir lo abonado a la aceptante, que, en el supuesto del debate, al estar en suspensión de pagos y haberse personado el «Banco de Comercio, S. A.», en dicho expediente, ha dejado salvaguardadas las acciones que le corresponden como tenedor de las cambiales, y, una vez abonadas las mismas por «Poima Balear,

S. A.», ésta pasará a ser la tenedora y podrá continuar en el ejercicio de las acciones iniciadas por la demandante.

NULIDAD RADICAL O RELATIVA DEL NEGOCIO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Base fáctica.—Los consortes don Ángel García y doña María Rosa Membri-lla habían adquirido, el 5 de junio de 1978, a los demandados doña María Rosa Brujas, don Juan Solá Brujas y don Antonio Solá Brujas, mediante documento privado de compraventa, la parcela 103 de la Urbanización Can Solá del Recó. Se especificaba en dicho documento que el emplazamiento y la cabida que se asignaban a la parcela eran provisionales, en tanto no se efectuara el replanteo definitivo del polígono en que se hallaba enclavada. Previamente, se había anunciado a los adquirentes la necesidad de llevar a cabo una regularización de cabidas para adecuar las parcelas a la superficie real del terreno. Los demandantes comprobaron que según el parcelario del Ayuntamiento de Matadepera, la parcela de su propiedad tenía otra extensión a la por ellos adquirida en documento privado, por lo que les correspondía satisfacer, como le habían comunicado los promotores, una determinada suma, lo que así realizaron en el momento del otorgamiento de la escritura. A finales de 1990, los actores observaron que la también demandada doña Roser Canals, propietaria de las parcelas 148 y 149, colindantes con la suya, había levantado un muro a modo de cierre, que invadía la parcela 103. Dicha valla o muro no había obtenido licencia municipal al comprobarse la existencia de divergencias entre la superficie que la solicitante atribuía a sus parcelas y la que a las mismas se les asignaba en el parcelario.

Doctrina.—En sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1.261 del Código Civil, o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad, entre los que citamos: error, violencia, intimidación o dolo. Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: *a)* Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia; *b)* El vocablo «nulidad» que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1.300, 1.301 y 1.302, ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos «en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261»; *c)* Los artículos 1.305 y 1.306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta; *d)* Finalmente, otros preceptos, como el 1.307 y 1.308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad. En realidad, cuando el

artículo 1.302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1.265. Además, es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1.266 del Código Civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, salvo que sean quienes han producido dicho error, y el error-obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales.

COMENTARIO

Es el error obstativo el que concurre en el otorgamiento de la escritura pública de compraventa a favor de la señora Canals. Promotores y compradora habían formado una voluntad exenta de vicio alguno, relativa a la cesión mediante precio por los primeros a favor de la segunda de dos parcelas cuya cabida y localización sólo habían sido fijadas de modo provisional y aproximado, y cuya determinación únicamente dependía del definitivo replanteo del polígono de la urbanización del que las mismas formaban parte. La compraventa ya se había perfeccionado en dicho momento y la ahora recurrente había entregado el precio convenido, a reserva del incremento o devolución que fuera procedente una vez se concretase la superficie exacta de las parcelas enajenadas. El error obstativo padecido determina la nulidad radical del convenio plasmado en la escritura pública aludida, determinando la absoluta ineficacia de la misma que puede ser reclamada —sin la limitación que para la acción de anulabilidad establece el art. 1.302 del Código Civil— no sólo por quienes han intervenido en el otorgamiento, sino también por quienes, como los aquí demandantes, han resultado perjudicados. También se objeta que a pesar de que la invocación de los vicios invalidantes del consentimiento exige una cumplida demostración de su existencia, la Audiencia Provincial tras admitir que los datos a que se refiere en aquel fundamento jurídicamente considerados carecían de fuerza probatoria suficiente concluye que, en su conjunto, convencen de la existencia del error denunciado. Se añade que la Audiencia ha entendido que no es válido el plano parcelario que se acompaña a la escritura de la recurrente y sí, en cambio, el que se aprueba varios meses después por el Ayuntamiento de Matadepera. Por otra parte, al haber firmado las escrituras precisamente quienes eran los propietarios de la urbanización vendida por parcelas, no se les puede achacar un falso conocimiento de la realidad, y es que el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del contrato, debe interpretarse de forma restrictiva en aras de la seguridad jurídica y del exacto cumplimiento de lo pactado.

Además, ha de tenerse en cuenta que en el apartado de la sentencia recurrida a que se alude se ha realizado una detallada relación de las razones que a juicio del Tribunal de apelación permiten al mismo formar convicción fundada acerca de la real existencia de error y que son las siguientes: 1) la advertencia inicial a los compradores de las parcelas, acerca de la provisionalidad del

emplazamiento y cabida que en aquel momento preliminar se asignaba a las mismas; 2) la aprobación por el Ayuntamiento de la parcelación definitiva, que aun cuando se produjo en fecha posterior a las escrituras de venta, venía a ratificar el plano parcelario tenido en cuenta para el otorgamiento de las mismas y ya incorporado al expediente con anterioridad; 3) el resultado de la prueba, de que resulta: 3.1) que las cabidas escrituradas a favor de los demandantes y la recurrente sobrepasan la superficie realmente existente; 3.2) que las parcelas de la recurrente tienen mayor superficie escriturada que la que refleja el parcelario municipal, en tanto la de los demandantes tiene menos; 3.3) que el vallado instalado por la señora Canals supera incluso la cabida por error escriturada a su favor y 3.4) la decisión de los promotores de requerir a la recurrente en conciliación a fin de rectificar el error sufrido, ofreciéndole la devolución de lo pagado por los palmos que indebidamente habían sido consignados en la escritura de venta a su favor otorgada.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CON BASE EN EL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDAD DEL APAREJADOR. CONCEPTO DE RUINA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE MARZO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Antecedentes.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre *restitutio in natura* de la vivienda adquirida por el demandante conforme a lo acordado en el contrato de compraventa, contra la entidad vendedora y promotora, la constructora, el arquitecto y el arquitecto técnico.

El demandante «D. M. L. N.» adquiere una vivienda con unas determinadas condiciones de acabado, pactadas, al suscribir el contrato de compraventa de adquisición de la misma. Según se desprende de los hechos probados, la vivienda no fue entregada según lo pactado, sino en un estado lamentable.

El Juzgado de Primera Instancia de Manresa condena a la empresa promotora a la entrega de la vivienda en las condiciones de acabado pactadas al concertar la compraventa, y en caso de no hacerlo así, a que se ejecuten a su costa todas las reparaciones que sea preciso efectuar para obtener el resultado previsto. Absuelve el Juzgado al resto de los codemandados.

Se interpone recurso de apelación, y la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en la que estimó íntegramente el recurso de apelación, revocando en parte dicha sentencia y condenó a todos los demandados como responsables solidarios por vicios ruinosos.

Se interpuso recurso de casación por la representación del arquitecto y del arquitecto técnico.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación en nombre y representación de «D. E. LL. S.» (arquitecto técnico), articulado en cuatro motivos, de los que destacamos el primero, segundo y el tercero, que denuncian infracción del artículo 1591.1.º y 2.º, respectivamente.

El primer motivo es rechazado ya que, a tenor de lo que establece la Sala: «La demanda se dirige contra arquitecto, arquitecto técnico, la vendedora y la constructora, porque todos han intervenido en la construcción del edificio y se había llevado a término bajo la dirección técnica del arquitecto y del arquitecto técnico. Además y, con respecto a estos últimos, porque suscribieron un certificado de final de obra o habitabilidad que fueron visados por sus respectivos Colegios Profesionales y por ello el Ayuntamiento expidió la licencia de ocupación. Se añade que el estado de la vivienda es lamentable y existen filtraciones de agua, y concluye que los demandados han conculcado las más elementales obligaciones mercantiles y han hecho dejación de sus responsabilidades».

En cuanto al segundo motivo basado en el párrafo segundo del artículo 1.591, afirma el recurrente, que la responsabilidad del aparejador se limita a los defectos de construcción que le sean imputables como consecuencia de su falta de vigilancia, pero no tiene que responder de los incumplimientos contractuales derivados del artículo 1591.2. A lo que desestimando el motivo, afirma la Sala que: «Como ha señalado la sentencia de esta Sala, de 25 de julio de 2000, el aparejador o arquitecto técnico recoge sus actividades de inspeccionar, controlar y “ordenar la correcta ejecución de la obra, que le vienen impuestas por la ley, pues es el profesional que debe mantener más contactos directos con el proceso constructivo, por lo que su responsabilidad concurrente se impone y le alcanza cuando se produce no sólo una mala ejecución de la obra, sino asimismo una defectuosa dirección de la misma”, y resume en dos sus plurales funciones: 1.ª Estudio y análisis del proyecto, y 2.ª Dirección y ejecución natural de la obra».

El tercer motivo también basado en la vulneración del artículo 1.591, afirma el recurrente que no se pueden comprender en el concepto de ruina los supuestos de inejecución imperfecta y ejecución de obra distinta. El motivo no es acogido pues se demuestra la actuación negligente del aparejador, además: «El concepto de ruina, como reconoce paladinamente el motivo, ha evolucionado en la doctrina jurisprudencial, extendido y ampliado a aquellos defectos que por exceder de las imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato, viniendo a significar meros defectos determinantes del concepto de ruina funcional, al hacerse la edificación inútil para el fin que le es propio o, como señaló la de 21 de marzo de 1996, los vicios que impidan el disfrute, la normal utilización y la habitabilidad y cuya inutilidad se acrecienta».

El recurso interpuesto por el arquitecto coincide en lo sustancial con el del arquitecto técnico, las empresas promotora y constructora, condenadas asimismo, están declaradas en rebeldía en primera instancia.

COMENTARIO

Es preciso incidir en tres nociones que subyacen en la doctrina marcada por el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad y en concreto de aquella derivada del artículo 1.591 del Código Civil.

En primer lugar, la denominada por el Tribunal Supremo «solidaridad impropia», esto es, aquella que es preciso establecer por necesidad de salvaguardar el interés social, cuando no se pueden individualizar los respectivos comportamientos en los agentes que intervienen en la construcción del edifi-

cio. Así se ha puesto de manifiesto por el Alto Tribunal en una reiterada doctrina, señalando entre otras, por su claridad, la sentencia de 8 de junio de 1998 que establece: «*La doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya consolidada y pacífica hasta la saciedad, afirma el principio de responsabilidad solidaria cuando no se pueden separar las conductas causadas en caso de responsabilidad por ruina, de promotores, contratistas y arquitectos y aparejadores, aunque tengan origen diferente*».

Si nos detenemos en la situación que da lugar al procedimiento, nos indica que se está ante una «solidaridad impropia» en toda regla. Por un lado, se observa que existe una mala ejecución de la obra, pues no solamente el estado del apartamento es «lamentable», como así lo califica la sentencia de Instancia, sino que existen deficiencias, pues se ha probado que se habían hallado humedades producidas por filtraciones de agua en las bajantes del edificio; de ello se desprende que ha habido una mala ejecución por la empresa constructora. Pero si se tiene en cuenta que según la legislación específica que regula y establece cuáles son las obligaciones del arquitecto técnico o aparejador, como son: inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas, ordenar la ejecución material de la obra atendiendo a un proyecto, se llega a la conclusión de que ha habido una negligencia del arquitecto técnico.

Esta responsabilidad se extiende también al arquitecto, en cuanto su función es la de «*inspección y control del ajuste de la obra al proyecto, así como el deber de dar las órdenes precisas para la corrección de la labor constructiva, ya que todas las deficiencias que puedan apreciarse en la construcción están sujetas a su inspección y control*», como expresa la sentencia de 24 de febrero de 1997.

Pero, además existe una responsabilidad de la empresa promotora y vendedora no sólo por incumplimiento en cuanto a las condiciones pactadas en el contrato, sino además por culpa *in vigilando*, que estaría incluida en la diligencia exigible al comitente de la obra. Sin embargo, parece que se excluiría la culpa *in eligendo*, ya que como afirma SAN SEGUNDO MANUEL (1): «Se excluye el vicio *in eligendo* cuando la obra la ha encargado el promotor a un arquitecto con facultad decisoria y a un constructor. El encargo de la realización de la obra a personas cuya profesión técnica hace presumir que la ejecutarán adecuadamente supone que el promotor actuó con diligencia, por lo que no debe recaer sobre él responsabilidad alguna por el comportamiento de los citados técnicos, ya que si encomendó una actividad a quien profesionalmente le correspondía, su proceder fue correcto».

En segundo lugar, parece interesante apuntar en un supuesto como éste, en donde se ha realizado una construcción defectuosa y no acorde con lo estipulado en el contrato de compraventa, y debido a ello, el actor reclama la *restitutio in natura* que, en materia de vivienda, existe una normativa muy exhaustiva respecto de la información que se tiene que facilitar a los consumidores cuando compran sobre plano y a la integración en el contrato de lo reflejado en los folletos publicitarios.

Y, en tercer lugar, parece obvia la responsabilidad del constructor, ya que es el encargado de realizar materialmente la obra, siendo responsable de la

(1) SAN SEGUNDO MANUEL, TERESA, *La recepción en el contrato de obra*, CISS, Valencia, 2001, pág. 324.

actividad desplegada por sus operarios, así se pone de manifiesto en el artículo 1.596 del Código Civil cuando establece que: *El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.*

Otra cosa diferente, sobre la que se puede reflexionar atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, es si debe responder el constructor de los trabajos que haya subcontratado. En principio parece que la respuesta ha de ser afirmativa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.596 del Código Civil, que como afirma SAN SEGUNDO MANUEL (2): «no distingue si las personas que ocupa en la obra el contratista son operarios suyos o trabajadores de otra empresa». Sin embargo, como he afirmado en líneas anteriores, habría que estar a cada caso concreto y a lo pactado con la empresa promotora.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. EMISIÓN DE PRODUCTOS CONTAMINANTES. RESPONSABILIDAD CIVIL POR INMISIONES.—DAÑOS CAUSADOS EN CABEZAS DE GANADO POR CONTAMINACIÓN INTENSA. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: DAÑOS CONTINUADOS. CESE DE LA ACTIVIDAD EMISORA E INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—El proceso se inicia como consecuencia de la reclamación de responsabilidad civil, en protección del medio ambiente, que realiza una comunidad de propietarios de fincas y cabezas de ganado, en Cantabria, frente a la empresa «Derivados del Flúor, S. A.», que produjo una intensa contaminación por fluorosis. Tiene por objeto esencial el cese en la emisión de productos contaminantes, paralizando la actividad emisora o incluso la industrial, la indemnización por daño moral y por la perturbación y por el demérito en las propiedades y en la cabaña ganadera.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Laredo dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 1993, estimando parcialmente las pretensiones de ambas partes. En cuanto a la demandada «Derivados Flúor», se acogió parcialmente sus pretensiones. Absolviéndole de pagar, por daño moral en compensación por la perturbación ocasionada desde el comienzo de la puesta en funcionamiento de la factoría hasta el cese de la perturbación definitiva y por los desméritos producidos las fincas y en la cabaña ganadera en cuanto a los daños causados con anterioridad al día 13 de octubre de 1988. Condenando a la demandada a cesar en la emisión de productos o sustancias que contengan flúor o cualquier elemento en que dicha sustancia participe, paralizando la actividad emisora de los productos o sustancias referidos y, si necesario fuere, paralizando la actividad industrial, hasta que, dentro de su factoría e inmuebles, se realicen las obras necesarias para el cese de las emisiones. Y a pagar a los demandantes el demérito producido en su cabaña ganadera con posterioridad al día 13 de octubre de 1988, estableciendo como base con

(2) SAN SEGUNDO MANUEL, TERESA, *ob. cit.*, pág. 321.

arreglo a la cual debe hacerse la liquidación, el baremo que para la erradicación de plagas realice el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, e imponiendo el pago de las costas procesales a cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Apelada por ambas partes la anterior Resolución, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia con fecha 24 de marzo de 1997, revocando parcialmente la dictada en primera instancia, acogiendo la pretensión esencial del cese de la contaminación que sobrepase los límites tolerados en la legislación vigente, procediendo en caso contrario al cese de la actividad industrial si ésta fuera la única manera de evitar la producción de los perjuicios, y dio lugar a la indemnización por los perjuicios en la cabaña ganadera, desestimando el resto de los pedimentos sin especial pronunciamiento sobre las costas.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Doctrina.—El recurso de casación interpuesto por la empresa demandada «Derivados Fluór, S. A.», recurrente ahora en casación, se funda en seis motivos.

Los dos primeros, formulados al amparo del artículo 1692.3 de la LEC, se refieren al cambio de procedimiento. Se trataba de juicio iniciado como proceso de menor cuantía, que fue continuado como proceso de mayor cuantía. Al considerar que se produce un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las que rigen los actos y garantías procesales, produciéndose indefensión. Y por infracción de los artículos 525, 530, 532, 533, 535, 536, 537, 538, 539, 371, 369, 359 y 372.3.º, todos ellos de la LEC.

La demanda se presentó iniciando el proceso de menor cuantía; la empresa demandada, recurrente en casación, se opuso a esta clase de juicio, ...el Juzgado dictó auto declarando la improcedencia del juicio de menor cuantía, auto confirmado, por la Audiencia, y ordenó la continuación por el trámite del proceso de mayor cuantía. La parte recurrente considera que se debían de haber archivado las actuaciones, alegando indefensión porque se le ha privado de tiempo para contestar y se le ha privado de poder oponer excepciones dilatorias, como excepciones procesales, por los trámites de los incidentes.

Ambos motivos se desestiman: en primer lugar, porque no ... se le ha producido indefensión por razón de que el trámite de personación y contestación a la demanda en el proceso de mayor cuantía es más dilatado en el tiempo, que en el de menor cuantía; ...en segundo lugar, porque la imposibilidad de haber alegado las excepciones dilatorias por el trámite que prevén los artículos 535 y sigs., ya que pueden alegarse, probarse y resolverse en el proceso de menor cuantía, como efectivamente se ha hecho.

Los motivos tercero y cuarto, fundados en el artículo 1692.4 de la LEC, citan como infringidos los artículos 1968.2.º y 1.969 del Código Civil y la jurisprudencia que los aplica, al considerar que se ha producido la prescripción anual propia de la responsabilidad civil. Los motivos se desestiman, ya que al tratarse de un supuesto de daños continuados, que aún se siguen produciendo, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del resultado definitivo.

El *dies a quo*, conforme al artículo 1.969, es el de *actio nata* y ésta no es viable hasta que se conocen los daños y en los que son continuados, no se computa desde la producción de cada uno de ellos. Así, las sentencias..., que se refieren a este mismo tema, de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997,

dicen: «Es consolidada doctrina de esta Sala (sentencias de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993 , entre otras) la de que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida... como ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que los daños en las respectivas fincas de los actores se han venido produciendo sucesiva e ininterrumpidamente desde el año... hasta la fecha de interposición de la demanda iniciadora del proceso al que este recurso se refiere».

Los motivos quinto y sexto, al amparo del artículo 1692.4 de la LEC, se refieren al fondo del asunto; por infracción de los artículos 1.902, 1.908, sobre la responsabilidad civil, y 1.214, sobre la carga de la prueba, todos del Código Civil, por considerar que no hay la obligación de reparar el daño causado y evitar la agresión al medio ambiente, al no darse los presupuestos de la responsabilidad.

COMENTARIO

La responsabilidad civil por daños ambientales ha adquirido una notable importancia en los últimos tiempos.

La defensa del medio ambiente cuenta con varios instrumentos de protección jurídica, algunos de ellos mencionados expresamente en sentencia:

«La protección del medio ambiente está proclamada en el artículo 45.1 de la Constitución Española, ... y la responsabilidad civil se desprende de las arcaicas previsiones de los números 2.º y 4.º del artículo 1.908 del Código Civil, que hablan de humos y emanaciones, pero cuya formulación se extiende a las inmisiones intolerables y a las agresiones al medio ambiente».

Hay varios más. Efectivamente desde el ámbito estrictamente civil, la doctrina ha destacado los siguientes instrumentos idóneos frente al daño ambiental: el abuso del derecho, la acción negatoria, las que pretenden la suspensión de obra nueva, demolición o derribo de obra, árbol o columna, las inmisiones, las relaciones de vecindad, y las acciones de responsabilidad civil.

Centrándonos exclusivamente en la responsabilidad civil, sobre la que se pronuncia la sentencia, conviene, en primer término, destacar que en materia de responsabilidad ambiental, la protección que otorga el derecho civil, no es al daño al medio ambiente como tal, que afecta a los intereses difusos o colectivos, en el que los perjudicados somos todos, sino al daño que sufren las personas o su patrimonio (individualizado) como consecuencia del medio ambiente, es decir, del daño que la doctrina viene en llamar del daño tradicional, distinción que recoge acertadamente esta sentencia, al señalar la diferencia que hay entre la protección al medio ambiente en abstracto y en concreto:

«La protección al medio ambiente puede considerarse en abstracto, como protección al ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y en concreto, como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales. La primera no ha sido objeto —dificilmente puede serlo en el ámbito del Derecho Civil— de sentencia alguna de esta Sala; la segunda tiene —aunque no siem-

pre se ha indicado explícitamente— una reiterada jurisprudencia civil: daños en fincas por emisión de sustancias contaminantes por una central térmica, sentencia de 12 de diciembre de 1980; que trata en general de la *inmissio in alienum*; daño en arbolado por el polvo contaminante emanado de fábrica de cemento, sentencia de 17 de marzo de 1981; lo mismo, en naranjos, por polvo industrial, sentencia de 14 de julio de 1982; daños en fincas por humos sulfurosos procedentes de una central térmica, en sentencia de 27 de octubre de 1983; muerte de ganado por beber en aguas contaminadas por vertido de sustancias tóxicas en un río, sentencia de 31 de enero de 1986; muerte de truchas en la piscifactoría por vertidos en un río, sentencia de 13 de junio de 1988; daños en fincas y cosas por emisión de polvo por hornos de cal, sentencia de 16 de enero de 1989. La sentencia, más reciente, de 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica».

Aclarado pues a qué tipo de daños ambientales otorga protección el Derecho Civil, es necesario entrar en la cuestión de fondo que, como señala la sentencia, gira en torno a si se dan los elementos para que pueda exigirse la responsabilidad civil por daño ambiental: *a)* daño efectivo, *b)* acción u omisión (culposa o negligente), y *c)* y la existencia de un nexo causal entre ambos.

a) En cuanto a la producción del daño: «la sentencia de la Audiencia Provincial ...considera que no se producen daños en las fincas, ni daños morales; ...sin embargo, los daños en la cabaña ganadera —que sí condena a indemnizar— los declara acreditados, y dice literalmente: «Derivados del Flúor, S. A. continúa produciendo emisiones contaminantes para los pastos y, por ende, para el ganado...» y añade: «...han logrado acreditar los actores la realidad actual del hecho originador del daño (emisiones contaminantes)»: del que deriva la «ineludible obligación de indemnizar los perjuicios causados por las emanaciones contaminantes de la demanda», quedando su determinación cuantitativa para ejecución de sentencia, para lo que fija las bases para ello; negar la realidad del daño es ignorar la función de la casación, que no es una tercera instancia».

Por tanto, se acredita que existe un daño cierto y efectivo que afecta al patrimonio de la comunidad de propietarios, y que comprende tanto el daño emergente como lucro cesante:

«...lo que se reclama en esta litis es el daño sufrido por los actores en su cabaña ya transformada, y precisamente con posterioridad al año 1982 en que la empresa “Derivados del Flúor, S. A.”, ... rescindió unilateralmente el convenio alcanzado con los ganaderos..., lo cual son daños continuados, es entonces cuando los actores comienzan a apreciar la existencia de fluorosis en el ganado de carne; tal daño es evidentemente continuado pues, según la demandante, continúa produciéndose en la actualidad».

Nos encontramos en este supuesto ante los llamados daños continuados, también denominados de producción sucesiva, que son aquellos que se van produciendo sucesiva e ininterrumpidamente durante años.

b) En cuanto a la acción u omisión. Se plantea en este caso si hay o no acción u omisión antijurídica cuando se ejerce la actividad en forma legal. El Tribunal Supremo recuerda que: «es unánime la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el cumplimiento de normativa reglamentaria no impide

la apreciación de la responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por la persona física o jurídica, a la que se le demanda el cumplimiento de la obligación de reparar el daño».

Se considera que si pese al cumplimiento de las normas reglamentarias se producen hechos nocivos es porque tales medidas fueron insuficientes.

El dolo o culpa: según el TS, «en este presupuesto de nuevo se insiste en la valoración de la prueba y en la situación fáctica, lo cual es inamovible en casación; la realidad es que la sociedad demandada ha producido, con nexo causal, una serie de daños y la concurrencia de la culpabilidad (no se piensa en el dolo) es innegable y se deduce de tal hecho, pues de no haber culpa no habría daño; asimismo, el artículo 1.908 del Código Civil consagra una responsabilidad claramente objetiva; respecto a la agresión al medio ambiente, las ya citadas sentencias de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997, destacan que dicho artículo «configura un supuesto de responsabilidad de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado».

Como es sabido, tradicionalmente se ha considerado que el artículo 1.902 del Código Civil consagra como régimen general en nuestro Derecho la responsabilidad por culpa o subjetiva, de tal forma que para que nazca la obligación de reparar el daño es necesario que haya culpa o negligencia en la acción u omisión que lo causa. Frente a ella se alza la responsabilidad objetiva o sin culpa, en el que basta acreditar el daño para que habiendo un nexo de causalidad entre éste y la actividad que lo ha producido, nazca la obligación de reparar, consagrada como régimen excepcional en los artículos 1.905-1.908 y 1.910 del Código Civil, y que tiene su campo de cultivo, fuera de su regulación, en las actividades que generan riesgo.

La doctrina ha resaltado cómo la jurisprudencia ha evolucionado gradualmente, siendo cada vez menos riguroso en la existencia de la culpa, debilitándose el criterio culpabilista, en busca de soluciones cuasi objetivas, hasta llegar a la responsabilidad por riesgo.

La sentencia del TS, de 24 de mayo de 1993, recoge claramente esta evolución al señalar: «en sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual “ex” artículo 1.902 del Código Civil... la doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum, eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantías se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos. [En el mismo sentido la propia sentencia recoge las siguientes sentencias de 16-10-1989, 8 de mayo y 8 y 26 de noviembre de 1990 y 28-5-1993.]

La sentencia más reciente de 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por

daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: «el número segundo del artículo 1.908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado...».

En el presente caso, tal vez hubiera sido mejor que los daños derivados de las emisiones contaminantes no se hubieran resuelto conjuntamente al amparo de los artículos 1.902 y 1.908 ya que, como hemos dicho, la responsabilidad recogida en el primero de los citados artículos es una responsabilidad en la que hay que demostrar la culpa, y no nos parece exacto afirmar que por el solo hecho de que se produzca el daño hay culpa, cuando basta con apoyar la necesidad de reparación al amparo del artículo 1.908 del Código Civil, que se aplica a las actividades industriales que recoge una responsabilidad objetiva por el hecho de producir un riesgo por emanaciones.

En cuanto al resarcimiento del daño causado, no se refiere exclusivamente a la reparación de los perjuicios ocasionados, sino que también ha de extenderse a la adopción de medidas de prevención que impidan que las lesiones se sigan produciendo posteriormente, así consiste en:

Una indemnización de daños y perjuicios por el demérito producido en la cabaña ganadera, bien por pérdida de valor de las reses, bien por la pérdida de producción de las mismas, o bien por haber sido sacrificadas con posterioridad, quedando su determinación cuantitativa para la ejecución de la sentencia.

A la que se suma el cese de las emisiones contaminantes que sobrepasen los límites tolerados por la legislación vigente, no sólo para la salud de la persona humana, sino para evitar daños en los animales y en los bienes, procediendo en caso contrario al cese de la actividad industrial, si ésta fuera la única manera de evitar la producción de los perjuicios.

Por lo que respecta al plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, al tratarse de daños continuados, es consolidada la doctrina de esta Sala de que «la acción comenzará a computarse desde los últimos daños manifestados cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida».

Así, «el TS cita las sentencias citadas anteriormente que se refieren a este mismo tema, de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997 (sentencias de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, entre otras)», como ocurre en este caso en el que los daños en las respectivas fincas de los actores se han venido produciendo sucesiva e ininterrumpidamente desde el año... hasta la fecha de interposición de la demanda iniciadora del proceso al que este recurso se refiere».

2. DERECHO MERCANTIL

CONTRATACIÓN MERCANTIL. CONTRATO DE VIAJE COMBINADO.—AGENCIAS DE VIAJES MINORISTAS. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS AGENCIAS DE VIAJES ORGANIZADORAS Y DETALLISTAS. NEGATIVA A CONSIDERAR A LAS AGENCIAS MINORISTAS COMO COMISIONISTAS O MANDATARIAS DE LAS MAYORISTAS. CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO VENDEDORAS EN NOMBRE Y POR CUENTA PROPIA DE LOS PRODUCTOS CREADOS POR ELLAS O POR LAS MAYORISTAS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.—En la demanda inicial se solicita la condena de las agencias de viajes «Viajes Tívoli, S. A.» y «Julià Tours, S. A.» al pago al actor, en forma conjunta y solidaria, de la cantidad de quince millones de pesetas como indemnización de daños y perjuicios por la muerte de su esposa en accidente aéreo producida durante un viaje de turismo concertado con «Viajes Tívoli, S. A.», como minorista y organizado por «Julià Tours, S. A.» como mayorista. La Ilma. señora Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia, número diez de Zaragoza dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 1995, desestimando la demanda formulada por la parte actora. Interpuesto recurso de apelación, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 27 de octubre de 1995, en la que revocaba íntegramente la resolución dictada en la Primera Instancia y se condenaba conjunta y solidariamente a «Viajes Tívoli, S. A.» y a «Julià Tours, S. A.» en la cantidad de quince millones de pesetas en concepto de indemnización de los perjuicios causados por la muerte de la esposa, más los correspondientes intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial hasta su completo pago, y al pago de las costas causadas en la primera instancia. En fecha 13 de abril de 1996, el Magistrado Presidente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza formuló voto particular respecto de la sentencia emitida.

Contra la sentencia estimatoria pronunciada por la Audiencia interpusieron recurso de casación ambas demandadas. De los motivos expuestos en apoyo de sus respectivas pretensiones tienen especial interés los apuntados por la agencia de viajes minorista. Ésta alegaba infracción de determinados preceptos en los que fundaba su condición de comisionista y, en consecuencia, que no quedaba obligada directamente frente a las personas con quienes contrató el viaje ofertado por la mayorista —arts. 247 del Código de Comercio, 1.725 y 1.214 del Código Civil, art. 5 de las Normas reguladoras de las Agencias de Viajes, aprobadas por la Orden de 14 de abril de 1988—, así como infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, y condena a ambas partes recurrentes al pago de las costas causadas por su recurso.

Doctrina.—Dejando a un lado las circunstancias concretas del caso, el Tribunal Supremo rechaza, con carácter general, que las agencias de viaje mino-

ristas actúen en el tráfico mercantil como comisionistas de las mayoristas, organizadoras del viaje combinado. A juicio del Alto Tribunal, la relación jurídica existente entre la agencia minorista y el usuario es la derivada de un contrato de compraventa, en el que la agencia de viajes actuaría como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista. Tal interpretación se basa, en primer lugar, en la referencia que hace la norma administrativa al contrato de compraventa cuando describe la actividad que las agencias minoristas realizan en el mercado, al definir las como «aquéllas que, o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas vendiendo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios y paquetes turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias» —*ex art. 3.3 de la Orden de 14 de abril de 1988*—. Y, en segundo término, se estima que la imposibilidad de calificar jurídicamente como comisión la actividad de intermediación desarrollada por las agencias minoristas en esta clase de tráfico mercantil, es una consecuencia directa de la ausencia de un verdadero acuerdo de voluntades —requisito indispensable para la existencia de una relación contractual—. La intermediación en este ámbito es fruto de una regulación legal que así la impone, ya que si las minoristas venden al usuario o consumidor los productos creados por las agencias mayoristas es por causa del impedimento legal que pesa sobre estas últimas de ofrecer directamente sus productos al usuario o consumidor —*ex art. 3.1 de la norma citada*—.

Asimismo, el Tribunal Supremo rechaza que la responsabilidad de las agencias de viajes sea de carácter subsidiario cuando no utilizan medios propios en la prestación de los servicios. Si bien es cierto que este motivo de alegación de la minorista era una reproducción literal de lo dispuesto en el artículo 5.b) de la Orden de 14 de abril de 1988, el carácter reglamentario de la norma hace que carezca del rango suficiente para alterar el régimen jurídico de responsabilidad establecido en normas con rango de ley, tales como el Código Civil o la LGDCU de 19 de julio de 1984.

Se desestima igualmente la excepción propuesta de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la empresa propietaria de la avioneta siniestrada, ni a su compañía aseguradora. Al fundarse la demanda en el contrato por el que se concertó el viaje, únicamente los intervinientes en dicho contrato, las codemandadas «Tívoli, S. A.» y «Julià Tours, S. A.» podrían resultar afectadas por la sentencia a dictar en este proceso, sin perjuicio de las acciones que les correspondan frente a las personas físicas o jurídicas con quienes concertaron la efectiva prestación de los servicios incluidos en el viaje combinado adquirido por el actor.

COMENTARIO

1. El ámbito de responsabilidad de las agencias de viajes minoristas, en el marco del contrato de viaje combinado, sigue siendo aún hoy objeto de debate y de posiciones enfrentadas tanto en la doctrina española como en la jurisprudencia menor. La promulgación de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (LVC desde ahora), no ha supuesto un gran avance en este sentido. Sí ha confirmado inequívocamente que el organizador del viaje asume frente al consumidor una obligación de resultado

aunque no sea el prestador directo del servicio. Sin embargo, la deficiente regulación del precepto que regula esta materia no ha permitido dar por zanjada la polémica sobre el carácter mancomunado o solidario de la responsabilidad de las agencias que organizan y de las que simplemente comercializan el viaje combinado.

2. La que aquí comentamos es la única sentencia en la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la distribución de responsabilidades entre las agencias mayoristas y minoristas, decidiendo, como hemos indicado, a favor de la solidaridad. No obstante, debemos tener muy presente que la regulación legal aplicable al caso concreto no es la LVC —los hechos ocurrieron en 1992—, sino la normativa general entonces vigente —LGDCU de 1984 y Orden de 14 de abril de 1988, sobre normas reguladoras de las agencias de viajes—. Esta circunstancia justifica que los argumentos expuestos por el Alto Tribunal deban ser revisados y valorados a la luz de la disciplina legal vigente.

3. Con anterioridad a la aplicación judicial de la LVC, la jurisprudencia menor se pronunciaba mayoritariamente a favor de la declaración de responsabilidad de la agencia minorista por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Las primeras sentencias sobre esta cuestión calificaban como únicas responsables a las agencias minoristas. Ello se justificaba, en unos casos, argumentando que la actuación de la minorista es la propia de un representante aparente (del organizador representado), siéndole aplicables las normas sobre representación indirecta (1) y, en otros casos, esgrimendo la existencia de un contrato de obra entre la minorista y el turista, en cuya virtud aquélla asumía una obligación de resultado, así como la responsabilidad por la obra ejecutada por los subcontratistas (organizador y prestadores directos del servicio) (2).

En una etapa posterior, los pronunciamientos de las Audiencias discurren en una línea muy similar a la seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada. En todos ellos se declara la responsabilidad solidaria de agencias mayoristas y minoristas. Tal interpretación se fundamentaba, principalmente, en la teoría del riesgo —declarando responsables a todos los que obtienen provecho empresarial de la venta y prestación del viaje—, así como en el artículo 27.2 LGDCU, al conceptuar al detallista como vendedor del viaje —*ex arts. 26 y 27.1.a) LGDCU*—, correspondiéndole por esta causa una responsabilidad compartida con el fabricante u organizador del viaje (3).

Junto a esta corriente mayoritaria, no faltan, sin embargo, pronunciamientos en los que se excluye la responsabilidad de la minorista, en consideración a que su actividad se limita a una simple intermediación entre la agencia mayorista y el turista (4).

(1) De este modo, SAP de Álava, de 2 de marzo de 1993 (*R.A.*, núm. 344); SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1996 (*R.A.*, núm. 524).

(2) Así, SAP de Vizcaya, de 24 de enero de 1994 (*R.A.*, núm. 26); SAP de Segovia, de 13 de diciembre de 1993 (*R.A.*, núm. 2405); SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1994 (*R.A.*, núm. 1458).

(3) Véase, SAP de Vizcaya, de 6 de abril de 1998 (*R.A.*, núm. 5335); SAP de Madrid, de 28 de mayo de 1999 (*R.A.*, núm. 1301); SAP de Vizcaya, de 24 de enero de 2000 (*R.A.*, núm. 287); SAP de Vizcaya, de 21 de julio de 2000 (*R.A.*, núm. 4941).

(4) Así, SAP de Málaga, de 9 de abril de 1997 (*R.A.*, núm. 1649); SAP de Vizcaya, de 5 de noviembre de 1997 (*R.A.*, núm. 2332).

4. La LVC establece, en su artículo 11, la responsabilidad civil de las agencias de viajes frente al consumidor en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de viaje combinado. En su apartado primero dispone el citado artículo que «los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios». Y tal previsión se completa con una afirmación cuya interpretación ha resultado ser el origen de una jurisprudencia y doctrina contradictorias, al indicarse que «la responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos».

5. La terminología empleada en este precepto para referirse a las agencias implicadas en el viaje combinado, difiere de la usada tradicionalmente por el legislador español —«mayorista» y «minorista»—; fruto de una transposición mimética de la Directiva del Consejo 90/314/CEE, de 13 de junio, reguladora de los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados. El término «organizador» hace referencia a la función de creación del viaje combinado que pueden llegar a asumir las agencias de viajes sea cual fuere su tipología (art. 2.2 LVC). El de «detallista» apunta a la función de intermediación que desarrollan en exclusiva las minoristas, según resulta de la definición de esta figura como «la persona que vende u ofrece en venta el viaje combinado establecido por un organizador» (art. 2.3 LVC).

6. La entrada en vigor de la LVC no ha privado de validez a la línea de argumentación mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada. Subsiste una corriente en la jurisprudencia menor que defiende, aplicando la LVC, la responsabilidad solidaria frente al consumidor de las agencias organizadoras y detallistas implicadas (5). En estas sentencias se pone en tela de juicio que la agencia detallista sea una mera intermediaria.

Y de resultados de ello, se defiende que frente al cliente su responsabilidad no se agota con el ofrecimiento del viaje y la mera gestión de la reserva del servicio turístico sino que se responsabiliza frente a éste del correcto cumplimiento de aquellos servicios por parte del obligado último a realizarlos.

Se argumenta a favor de esta interpretación que el objetivo primordial, tanto de la Directiva como la LVC, es dar una mayor protección a los consumidores, por lo que la responsabilidad del detallista no puede ser tan limitada como resulta de la interpretación literal del artículo 11.1, porque dejaría desprotegido al consumidor —por ejemplo, cuando el organizador del viaje sea una

(5) Citando las más recientes, SAP de Vizcaya, de 28 de febrero de 2002 (R.A., núm. 844); SAP de Barcelona, de 30 de marzo de 2002 (R.A., núm. 995); SAP de Huelva, de 16 de abril de 2002 (R.A., núm. 166025); SAP de Valencia, de 24 de julio de 2002 (R.A., núm. 247076); SAP de Las Palmas, de 14 de octubre de 2002 (R.A., núm. 80471); SAP de Valencia, de 27 de diciembre de 2002 (R.A., núm. 44157); SAP de Zaragoza, de 22 de julio de 2003 (R.A., núm. 195359); SAP de Madrid, de 9 de mayo de 2003 (R.A., núm. 2063); SAP de Pontevedra, de 18 de marzo de 2003 (R.A., núm. 770). Y en la doctrina, HAZA DÍAZ, PILAR DE LA, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1997, págs. 203 y sigs.

empresa extranjera sin establecimientos en el país del consumidor—. A igual conclusión se llega tras la lectura de otros preceptos de la LVC, en los que se hace responsable al detallista por hechos que no son propios de un intermediario: «de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato» —art. 11.2 LVC—, del pago al consumidor de la indemnización que le corresponda en caso de resolución del contrato o de cancelación del viaje combinado por el organizador —art. 9.2 LVC—, así como respecto del reembolso de la diferencia de precio del viaje cuando tuviese que ofrecerse uno de calidad inferior —art. 9.1 LVC—. Y, finalmente, también se apunta a favor de esta interpretación la condición de consumidor que posee el usuario del viaje combinado —art. 2.2 LVC—, y en consecuencia los argumentos que se esgrimían con anterioridad a la aplicación de la LVC con base en el artículo 1.101 del Código Civil, en relación con los artículos 25 y siguientes de la LGDCU, así como en la teoría del riesgo.

7. Con gran acierto, a mi juicio, se ha ido consolidando, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial la interpretación opuesta, basada en la atribución de responsabilidad a las agencias implicadas «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado», siendo las del detallista las propias de un comisionista (6). La solidaridad sólo se aplicará en el caso de concurso de distintas agencias de viajes, asumiendo conjuntamente el papel de organizadoras o de detallistas; no obstante, este tipo de responsabilidad se circunscribe a la categoría concreta a la que pertenezcan. A favor de esta interpretación puede indicarse que:

a) La declaración legal de que las agencias responderán «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado» es un rechazo inequívoco a la solidaridad. Así se desprende de la tramitación parlamentaria de la LVC. Si bien es cierto que en el proyecto de Ley el legislador había optado por el sistema de responsabilidad solidaria de organizador y detallista, a su paso por el Senado se aprobó una enmienda transaccional que suprimió tal medida, sustituyéndola por la fórmula actual por considerarse esta última menos lesiva para la posición jurídica del detallista.

b) Si bien es cierto que tanto la Directiva como la LVC proclaman la necesidad de proteger al consumidor, esto no justifica que se interprete el artículo 11.1 LVC en contra de su tenor. De hecho, la Directiva comunitaria

(6) Citando las últimas en esta línea: SAP de Burgos, de 17 de mayo de 2002 (R.A., núm. 189498); SAP de Castellón, de 1 de junio de 2002 (R.A., núm. 1965); SAP de Barcelona, de 20 de septiembre de 2002 (R.A., núm. 870); SAP de Barcelona, de 12 de diciembre de 2002 (R.A., núm. 107147); SAP de Las Palmas, de 20 de enero de 2003 (R.A., núm. 196075); SAP de Sevilla, de 20 de enero de 2003 (R.A., núm. 1903); SAP de Ciudad Real, de 2 de junio de 2003 (R.A., núm. 189489). En la doctrina son de esta opinión: BOLDO RODA, CARMEN, «El contrato de viaje combinado», en *Lecciones de Derecho del Turismo* (dir. GARCÍA MACHO/RECALDE CASTELLS), Valencia, 2000, pág. 250; GÓMEZ CALERO, JUAN, *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Madrid, 1997, págs. 128 y 129; GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, págs. 86 y 228; LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003, págs. 253 y 254; MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, *El contrato de viaje combinado*, Cuenca, 1999, pág. 198; RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, «Contratos de prestación de servicios turísticos de viajes combinados», en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (coord. BOTANA GARCÍA/RUIZ MUÑOZ), Madrid, 1999, pág. 288.

no impone la solidaridad, únicamente la declara posible si se estima que esto es lo más conveniente —art. 5.1—. Y, a mayor abundamiento, dicha conveniencia sólo ha sido apreciada por el legislador portugués, que es el único que ha optado por esta fórmula al trasponer la Directiva. Los demás países, o bien imponen dicha responsabilidad exclusivamente al organizador —legislación alemana y francesa—, o bien la distribuyen entre ambos tipos de agencias conforme a su ámbito de intervención en el contrato —legislación británica, suiza e italiana—.

c) El detallista es un comisionista del organizador, y actúa, salvo excepciones, por cuenta y en nombre de su comitente. Por ello, la responsabilidad solidaria representa un cambio notable en la regulación, legal y doctrinal, de la figura del comisionista mercantil. Se afirma que la defensa del consumidor no tiene por qué estar reñida con el hecho de que el organizador y el detallista deban responder exclusivamente por su gestión, y, en consecuencia, con que se atempere la responsabilidad del detallista, cuando contrate en nombre del comitente, conforme a su real intervención en la operación.

d) La calificación como responsables solidarios de todos, de los organizadores y detallistas implicados, sin tener en cuenta su grado de intervención en la celebración del negocio, implica la transformación total de nuestro sistema legal de responsabilidad contractual al extender dicha responsabilidad a personas que no han sido parte en el contrato. Es más, con tal medida le haríamos asumir al detallista un riesgo empresarial que no le corresponde porque, por su condición de mero intermediario, ni participa en la creación del producto ni puede seleccionar al prestador directo del servicio más diligente.

e) No obstante, la responsabilidad de la agencia detallista superará la común de cualquier comisionista mercantil que actúa en nombre y por cuenta de su comitente en una serie de supuestos, relacionados todos ellos con la pérdida de tal condición. Esto ocurrirá, por ejemplo, si se presenta como parte contractual del consumidor, si queda constancia de su participación en otras funciones de organización del viaje, si careciese de poder de representación del organizador, o si no manifestase expresamente su condición de detallista —y, en consecuencia, de comisionista— frente al consumidor.

SYLVIA GIL CONDE

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.—UNIFICACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE CUATRO AÑOS PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—«Robert Bosch, S. A.» formuló demanda contra «Distribuidora Ourvig, S. L.» y don Felipe, interesando la condena solidaria de ambos al abono de la cantidad de 34.740.104 pesetas, intereses legales y costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda únicamente respecto a «Distribuidora Ourvig», absolviendo a don Felipe, y sin hacer imposición de costas.

La Audiencia Provincial desestima el recurso formulado por la actora, condenando a «Distribuidora Ourvig» al pago de la totalidad de la cantidad que se le reclamaba, así como al de las costas sufridas por la actora en primera instancia. Y estima el recurso de don Felipe condenando a la actora al pago de las costas de primera instancia correspondientes a este demandado.

«Robert Bosch, S. A.» ha interpuesto el presente recurso de casación, a través de dos motivos, ambos con fundamento en el apartado 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1). En el primer motivo se denuncia la infracción del artículo 949 del Código de Comercio, que establece que la acción para exigir la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles prescribe a los cuatro años, contados desde la inscripción en el Registro Mercantil del cese de los mismos. A su vez, en el segundo motivo, con la misma cobertura procesal se alega que ha sido infringido el artículo 949 del Código de Comercio, que es el aplicable —y no el artículo 1968.2.º del Código Civil— a la relación contractual mantenida por la recurrente con los demandados en virtud del suministro de materiales realizado, rechazando la tesis de la Audiencia Provincial que considera que la responsabilidad que se imputa al administrador social es únicamente extracontractual.

Doctrina.—El TS procede acoger el recurso formulado por la actora basándose en la última doctrina del propio Tribunal, que en su sentencia de 20 de julio de 2001 ha querido poner fin a la fluctuación que se había venido registrando en sus sentencias en torno al plazo de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad de los administradores sociales, entendiéndose que el de las que se funden en el artículo 135 LSA debe ser también el de cuatro años que establece el artículo 949 del Código de Comercio. En opinión del Alto Tribunal debe prescindirse de la polémica en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción mencionada y unificar dicho plazo para todos los supuestos de reclamaciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica. La *ratio* sobre la que descansa su argumentación es la de aportar un grado de seguridad jurídica que permita superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. El problema de fondo que se nos plantea es determinar el plazo de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad contra los administradores. En particular, el tema se centra en decidir si el plazo de prescripción de cuatro años que establece el artículo 949 de Código de Comercio para que la sociedad exija responsabilidad a sus administradores a través de la correspondiente acción de responsabilidad —*ex* art. 134 LSA— es aplicable a la llamada acción individual de responsabilidad —*ex* art. 135 LSA—. El Alto Tribunal así lo entiende, apoyándose en la última doctrina de la Sala (STS de 20 de julio de 2001, RJ 2001/6863), adoptando como propios los argumentos

(1) Hoy artículo 477 LEC.

que en la misma se fundamentan. Nosotros entendemos que hay motivos más que suficientes para negar una aplicación analógica del precepto mencionado.

2. La premisa de la que partimos arranca de una comprensión —no mayoritaria— de la llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales «regulada» en el artículo 135 LSA (2). La interpretación que se propone del precepto puede condensarse en la máxima siguiente: el artículo 135 LSA no es expresión de una acción unitaria de responsabilidad comparable a la acción social de responsabilidad regulada en el 133 y 134 LSA (3). No consagra una acción de responsabilidad, esto es, no dibuja un régimen especial para la acción individual y ese régimen no puede extraerse analógicamente de lo previsto en los artículos 133 y 134 LSA. Tampoco es una consagración en sede societaria de la responsabilidad del 1.902 del Código Civil, porque de ser así resultaría un precepto redundante y en esa medida, superfluo. La finalidad del artículo 135 LSA es meramente declarativa (4). Simplemente recuerda que el hecho de que la LSA regule expresamente en el artículo 134 la responsabilidad del administrador por los daños que en la gestión social cause a la sociedad no modifica en modo alguno la responsabilidad que pueda recaer sobre el administrador por los daños que cause en el ejercicio de esa misma gestión empresarial a los terceros. En definitiva, como certeramente se ha afirmado, «no existe una acción individual de responsabilidad sino acciones (sometidas a regímenes muy diversos) de los terceros (en el sentido de distintos propios de la sociedad) contra los administradores por conductas realizadas por éstos en el ejercicio de sus funciones (...)». En consecuencia, el régimen de esas acciones de responsabilidad es plural y en principio ha de buscarse fuera de la LSA, en el régimen general de las obligaciones contractuales y extracontractuales» (5).

3. La ventaja fundamental de la comprensión que aquí se propone —dominante por otra parte en el Derecho anglosajón— es sobre todo la de su coherencia sistemática a la hora de establecer las consecuencias para el régimen jurídico de esa responsabilidad externa y personal del administrador frente a socios y terceros. Coherencia que contrasta con las contradicciones de valoración en las que, a nuestro juicio, incurre la interpretación que hace el Tribunal en su sentencia de 2001 y que intentaremos poner de manifiesto en las páginas que siguen al hilo de los seis puntos concretos sobre los que el Supremo hace descansar su fallo.

4. Antes de contestar la doctrina fijada en esa sentencia —confirmada por la que ahora comentamos—, queremos concretar la premisa de la que partimos, en el caso que nos ocupa, para manifestar cómo, a nuestro juicio, debería haberse resuelto el caso.

(2) Nos referimos, en particular, al estudio de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *RdS*, 18 (2002), págs. 45 y sigs.

(3) Ésta es, sin embargo, hoy por hoy, la que puede considerarse doctrina mayoritaria, tanto científica como jurisprudencial. Vid., en este sentido, amplia información al respecto: I. ARROYO/E. BONET, «Comentario al artículo 135 LSA», en I. ARROYO/J. M. EMBID, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 2001, II, pág. 1436.

(4) Vid., en este sentido, también los autores citados por ALFARO, en *RdS*, nota 15, pág. 48.

(5) ALFARO, en *RdS*, págs. 53 y 76.

II. NUESTRA INTERPRETACIÓN DEL ASUNTO

1. En la medida que entendemos el artículo 135 LSA es sólo una norma de remisión, parece lógico afirmar que el mencionado precepto no puede alegarse sin más para exigir responsabilidad a un administrador por los daños que en el ejercicio de su actividad haya ocasionado personalmente a terceros. Es necesario concretar la reclamación —*ex art. 135 LSA*— en una norma específica en que se funde esa responsabilidad, así como probar el daño directo y el nexo causal. En el caso que nos ocupa resulta evidente que el fundamento de la responsabilidad del administrador se encuentra en el artículo 262.5 LSA, que ante la concurrencia de una causa de disolución, impone al administrador la obligación de promover en tiempo y forma la disolución de la sociedad (6). Como certeramente se afirma por la doctrina que ha estudiado el precepto, no es que ante la concurrencia de una causa la sociedad tenga necesariamente que disolverse y posteriormente liquidarse, sino que ante la presencia de una causa de disolución, la sociedad y en particular sus administradores, deben adoptar las medidas necesarias tendentes a remover la causa de disolución haciéndola desaparecer, o en otro caso, a promover la disolución (7). La finalidad del precepto es clara: evitar liquidaciones no tuteladas o asunción de responsabilidades con una falsa apariencia de garantía patrimonial. Es precisamente el incumplimiento de esos deberes legales lo que fundamenta en nuestro caso la responsabilidad de don Felipe como administrador de la sociedad demandada. En efecto, de los hechos probados resulta acreditado que la sociedad en cuestión «carece de patrimonio para afrontar la deuda reclamada y al presente se halla sin actividad, sin que haya sido promovida su liquidación o alguno de los procedimientos establecidos para los supuestos de crisis empresarial».

2. La única cuestión que podría hacer dudar de esta fundamentación es el hecho de que el precepto no ha sido mencionado expresamente por la recurrente para fundamentar su acción de responsabilidad contra el administrador social. El problema procesal estaría entonces en decidir si el Tribunal tiene o no la potestad de sancionar conforme a la responsabilidad del 262.5 LSA ante el ejercicio de la acción individual *ex artículo 135 LSA* por daño directo. La respuesta que viene dando la doctrina y jurisprudencia al respecto es, en principio, denegatoria sobre la base del principio de congruencia. La *ratio* de esta consideración descansa en la —a nuestro juicio, errónea— concepción de entender que nos encontramos ante acciones de responsabilidad diferenciadas, de distintas naturaleza, efecto y plazos (la derivada del art. 135 LSA de un lado, y la del art. 262.5 LSA de otro) (8).

(6) A. ROJO, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de las pérdidas», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, vol. II, Madrid, 2002, págs. 1437 y sigs., 1451.

(7) F. SACRISTÁN BERGÍA, «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución», en *RdS*, 6 (1996), págs. 268 y sigs., y allí amplia información bibliográfica en la misma línea.

(8) Vid., en este sentido, G. ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros. Acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en *RdS*, 5 (1995), págs. 47 y sigs., 75 y allí más información.

3. En cualquier caso, sea cual sea la concepción que se tenga del artículo 135 LSA, una cosa es clara. La congruencia o no dependerá de cómo se haya formulado la pretensión procesal, esto es, de la relación de los hechos en que se basa la demanda. Por tanto —aún en el caso de entender que nos encontramos antes dos acciones de responsabilidad diferenciadas— «si la relación de los hechos concierne a las infracciones contempladas en el artículo 262.5, puede afirmarse con seguridad que el Tribunal no incurrirá en incongruencia aunque el demandante no haya acertado con la fundamentación jurídica de su pretensión. El principio *iura novit curia* implica la potestad judicial para subsumir el supuesto fáctico en la norma jurídica aplicable al caso siempre que no exista discrepancia entre la pretensión de la demanda y lo resuelto en el caso y no se provoque indefensión en el demandado» (9). El tema en nuestro caso, no debe ofrecer duda alguna. Como los hechos acreditados encajan perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 262.5 LSA, no sólo no se incurre en incongruencia invocando el precepto, sino que resulta a todas luces necesario como especificación o concreción de la norma declarativa del 135 LSA.

4. Determinado el precepto a aplicar, la siguiente tarea debiera haber sido calificar la naturaleza de la responsabilidad del administrador dibujada en el artículo 262.5 LSA, así como las consecuencias jurídicas de la acción derivada del precepto. Como es sabido, ante el incumplimiento del administrador en los términos indicados, el artículo 262.5 LSA impone al administrador la obligación de responder solidariamente con la sociedad de las deudas sociales. No es éste el momento de analizar la bondad o no del precepto —que no podemos resistirnos a calificar como draconiano— sólo de examinar la naturaleza de esta responsabilidad. El tema no está en absoluto resuelto. Aunque el hecho de la conducta desencadenante de la responsabilidad parece claro (10), no lo está sin embargo la naturaleza misma de esa responsabilidad.

5. A nuestro juicio no puede afirmarse que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad por daños (11), esto es, ante un caso del 1.902 del Código Civil. Buena prueba de ello es que ni constituye un presupuesto de hecho de la responsabilidad la existencia del daño, ni tampoco hace falta probar la relación de causalidad para activar la responsabilidad. Tampoco se

(9) Así ESTEBAN VELASCO, en *RdS*, 5 (1995), pág. 76, que además da cuenta de la jurisprudencia menor en el mismo sentido. En particular hace referencia a la SAP de Barcelona, sección 15.^a de 20 de septiembre de 1993, y sección 14.^a de 28 de marzo de 1994, que resuelven pretensiones fundadas por los demandados en el artículo 135 LSA, invocando el artículo 262.5, y a las SAP de Zaragoza, sección 2.^a de 27 de septiembre de 1993, y SAP de Barcelona, sección 15.^a de 22 de abril de 1994, que con el mismo fundamento desestiman la invocación de congruencia por haberse fallado conforme a la responsabilidad *ex* artículo 262.5 LSA, cuando se había ejercido la acción *ex* 135 LSA.

(10) Se trata de la infracción de una obligación legal. El artículo 133 establece que los administradores responden del daño que causen por actos contrarios a la ley. La ley impone en el 262.5 LSA un específico deber legal a los administradores y su infracción acarrea responsabilidad.

(11) Así lo entienden por el contrario, J. PRENDES, «Pérdidas y responsabilidad civil de los administradores en las sociedades de capital», en *Ar. Civ.*, 1998-2, págs. 73 y sigs., 90 y sigs.; F. CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia, 2000, págs. 115 y sigs.

trata de una responsabilidad objetiva exigible ante la presencia de unos daños efectivamente causados. A nuestro juicio, la responsabilidad del administrador constituye una suerte de fianza *ex lege* impuesta por el legislador al administrador de la sociedad. El supuesto de hecho ha sido descrito —que no calificado— por nuestra doctrina: «La sociedad continúa siendo la única “deudora”, pero, en caso de concurrencia de esas causas de disolución, ya no es la única “responsable”. Sin ser “deudores” los administradores de la sociedad se convierten en “responsables” por las deudas sociales —esto es, por las deudas ajenas—, sin que la sociedad pierda la responsabilidad por deuda propia» (12). La figura jurídica más ajustada a esta realidad es, como decimos, la de la fianza, en la que, como es sabido, el patrimonio del deudor principal y el del fiador constituyen una sola unidad sobre la que los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos (13). Esto es también lo que sucede en el supuesto de hecho del artículo 262.5 LSA. En concreto y como hemos apuntado, dado que la vinculación de patrimonios viene impuesta por el propio precepto, podría afirmarse que se trata de una fianza legal, a la que como es sabido, en general, resultan aplicables las normas sobre la fianza contenidas en el Código Civil. El nexo de accesoriedad entre la obligación social y la obligación del administrador constituiría en este caso una consecuencia necesaria del carácter legal de la responsabilidad del administrador y se produciría automáticamente a partir del momento en el que se active la responsabilidad del administrador. En la medida que la responsabilidad del administrador se vincula *ministerio legis* a la responsabilidad de la sociedad por fuerza habrá de ser dependiente de su alcance, extensión y vicisitudes (accesoriedad funcional), así como de las circunstancias que determinen su perezimiento (accesoriedad extintiva) (14). De ahí la procedencia de aplicar analógicamente las normas de la fianza cuya *ratio* se vincule al principio de accesoriedad de la obligación fideusoria. En particular, por lo que respecta al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra el administrador —que es lo que a nuestros efectos interesa determinar— éste será según prescribe el artículo 1.853 del Código Civil el que corresponda por la propia naturaleza de la obligación social, esto es, el que originariamente correspondiera a los acreedores para el cobro de sus créditos según su naturaleza. Habrá pues, en definitiva que ir, caso por caso, examinando la naturaleza de los créditos de los terceros para calificar como contractual o extracontractual la responsabilidad derivada de los mismos y aplicar el plazo que corresponda en cada caso. Ésta es, por lo demás, la conclusión a la que también han llegado algunas voces de nuestra doctrina, así como de nuestra jurisprudencia a partir del

(12) Así, A. ROJO, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de las pérdidas», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, vol. II, Madrid, 2002, págs. 1437 y sigs., 1440.

(13) Sobre la fianza, vid. por todos, entre nosotros, V. GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios a los artículos 1.822-1.862», en *Comentario del Código Civil*, II, págs. 1781 y sigs., y allí bibliografía citada. En el ámbito societario, C. PAZ-ARES también considera una suerte de fianza legal la responsabilidad de los socios colectivos, y en consecuencia patrocina la aplicación de la disciplina de la fianza —con matices— a la misma. PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993, págs. 139 y sigs.

(14) En este sentido, PAZ-ARES, *Responsabilidad*, pág. 149, nota 208, y allí bibliografía.

carácter solidario de la responsabilidad del administrador por las deudas de la sociedad (15).

6. Sentado lo anterior, hemos de recordar que ni las partes en conflicto, ni tampoco el Tribunal llegan a concretar la norma declarativa del 135 LSA, reconduciéndola al artículo 262.5 LSA, tal y como exige el caso (16). Y es éste precisamente el origen del problema. En efecto, la consideración autónoma de la llamada «acción individual» del artículo 135 LSA, lleva al Tribunal a compararla y equipararla con la acción social del artículo 134 LSA y a partir de ahí a transferirle las reglas establecidas para esta última, en particular el plazo de prescripción de cuatro años que establece el artículo 949 Código de Comercio para la acción social de responsabilidad. Con esta sentencia, el Tribunal confirma la doctrina fijada por la Sala primera del Supremo en la sentencia de 20 de julio de 2001 antes aludida. A continuación pasamos a contestar uno por uno los fundamentos de derecho de la doctrina sentada poniendo de manifiesto los errores a los que inevitablemente lleva la errónea premisa de la que se parte. El nervio conductor de nuestra contestación a cada uno de los argumentos es fácil de imaginar: en la medida en que no existe una acción unitaria de responsabilidad individual, tampoco puede establecerse una norma única de prescripción y por ende no cabe una aplicación ni directa ni analógica de la norma prevista para la acción social.

III. ARGUMENTOS DE LA DOCTRINA FIJADA POR EL TRIBUNAL EN SU STS DE 20 DE JULIO DE 2001 (RJ/2001 6863) Y NUESTRA POSICIÓN AL RESPECTO (17)

1. En primer lugar, el TS afirma que el plazo de prescripción de un año que fija el artículo 1968.2.º del Código Civil —que alega don Felipe y que entiende aplicable la mayoría de la doctrina científica a las responsabilidades derivadas del art. 135 LSA por remisión del art. 943 del Código de Comercio—, no es aplicable, ya que ese plazo del Código Civil se refiere textualmente a «las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio». Sin embargo —afirma el Tribunal— resulta que el

(15) Así en nuestra doctrina, BOLAS ALFONSO, «La financiación de la actividad social de las sociedades de capital y la situación de pérdidas desde la perspectiva del Derecho Mercantil actual», en *RDP*, 1994, pág. 337; F. SACRISTÁN BERGIA, en *RdS*, 6 (1996), pág. 275, si bien ambos autores matizan que en el caso de cese del administrador, el plazo de prescripción será el de cuatro años establecido por el artículo 949 del Código de Comercio. A nuestro juicio, esta apreciación no puede sostenerse, por lo que diremos más adelante. En jurisprudencia ha sido la SAP de Barcelona, de 3 de mayo de 1995 (*AC*, 1995, 1192), quien ha afirmado: «es claro que bajo la vigencia de la nueva ley ya no estamos hablando de responsabilidad por daño extracontractual que prescribe al año, sino de responsabilidad solidaria de las obligaciones de la sociedad cuya prescripción vendrá determinada por la propia naturaleza de la obligación social cuya responsabilidad la ley extiende solidariamente al administrador».

(16) Aún más. Ni siquiera aparece mencionado expresamente el artículo 135 LSA como fundamento jurídico de la acción de responsabilidad contra el administrador. Tan sólo se hace referencia al más general artículo 1.902 del Código Civil como fundamento a la responsabilidad del administrador por los daños causados a los terceros. Sobre el principio *iura novit curia* y su procedencia en este caso, vid. lo expuesto más arriba.

(17) Los argumentos que ahora comentamos se encuentran ubicados en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia.

propio Código de Comercio en su artículo 949, sí asigna un plazo determinado, el de cuatro años, a la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades sin distinción alguna.

El argumento así planteado puede soslayarse con facilidad. En realidad, el Tribunal está realizando una petición de principio, esto es, está dando por demostrado lo que precisamente hay que demostrar: que el artículo 949 del Código de Comercio se aplica también a la «acción individual». Y lo hace además obviando dos criterios legales de interpretación de las normas: el criterio sistemático, y el más fundamental, el teleológico, infringiendo con ello el artículo 3.1 del Código Civil:

a) El argumento sistemático nos lo proporcionan los artículos 947 y 948 del Código de Comercio, referidos ambos a las acciones del socio contra la sociedad y a la acción social de la sociedad contra los socios. El contexto en el que se enmarca la responsabilidad de los administradores del artículo 949 del Código de Comercio no es pues, el de la responsabilidad frente a terceros sino el de la responsabilidad frente a la sociedad, esto es, la responsabilidad interna de los administradores articulada a través de la acción social de responsabilidad del 134 LSA.

b) Pero como decimos, el Tribunal tampoco realiza una interpretación teleológica del artículo 949, «atendiendo a su espíritu y finalidad», tal y como exige la aplicación de las normas jurídicas (*ex art. 3 del Código Civil*). Desde este punto de vista puede afirmarse con seguridad que el 949 regula exclusivamente el plazo de prescripción de acciones de la sociedad contra los administradores, esto es, el plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad. Y ello se demuestra no sólo por el contexto del artículo, como acabamos de ver, sino sobre todo por el *dies a quo* que se fija para hacer efectiva esa responsabilidad: cuatro años a partir del cese del administrador en el puesto. Regla que, como certeramente se ha afirmado, resulta de todo punto razonable para ejercitar la acción social toda vez que los socios no pueden saber con exactitud qué es lo que ha hecho el administrador —si ha dañado o robado a la sociedad— hasta que no hayan abandonado su puesto (18). No parece necesario recordar, en este sentido, que los socios de una sociedad anónima no tienen derecho ni a examinar los libros. Lo sensato pues, es que el plazo de ejercicio de la acción social se inicie a partir del cese de los administradores. La regla sin embargo no tiene sentido para las acciones que puedan tener los terceros —o los socios individualmente— por los daños que los administradores les hayan causado directamente en su patrimonio. La razón es clara: el conocimiento de los posibles daños se tiene desde el mismo momento que esos daños se producen. Lo razonable entonces es que sea ese el momento a partir del cual pueda ejercitarse la correspondiente acción, y a partir del cual deba fijarse el plazo de prescripción, tal y como prescriben las normas generales de prescripción de acciones (arts. 1.961 y sigs. del Código Civil). De lo contrario nos podríamos encontrar con administradores indefinidamente amenazados por una posible acción de responsabilidad en el caso de no abandonar su puesto.

2. En segundo término, el Tribunal afirma que la acción individual de responsabilidad, ya corresponda a los socios, ya a terceros, se regula especí-

(18) Así ALFARO, en *RdS*, pág. 52.

ficamente en el artículo 135 LSA, que es una norma mercantil cuyo complemento debe buscarse en el Código de Comercio, a tenor del artículo 121 de este último y dado su carácter de cuerpo legal básico en el ámbito mercantil, antes que en el Código Civil.

El error del Supremo en este caso, está en afirmar que el artículo 135 LSA contiene un régimen específico propio de la acción individual, cuando lo cierto y verdad es que el mencionado régimen no aparece dibujado ni por asomo. En efecto, resulta evidente que el artículo 135 no resuelve en absoluto la cuestión acerca del cuándo y en que cuantía surge el deber de responder personal y externamente el administrador social por los daños sufridos por los acreedores de la sociedad o los terceros, esto es (el *an* y el *quantum* de la responsabilidad de los clásicos). Para resolverla hay que acudir a las normas y doctrinas generales. En el caso concreto que nos ocupa el fundamento jurídico en el que se concreta el artículo 135, es como venimos diciendo el artículo 262.5 LSA, en el que se establece el régimen jurídico específico que debe aplicarse al supuesto de hecho planteado.

3. El Tribunal continúa con su argumentación, afirmando que si existe en el Código de Comercio una norma especial sobre el plazo del ejercicio de la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías, no hay por qué acudir al Código Civil en busca de otro plazo diferente que en realidad se establece para unas acciones menos específicas —las derivadas del art. 1.902 del Código Civil—, debiendo aplicarse la norma especial con preferencia sobre la general.

La relación norma especial-norma general que el Tribunal realiza refiriéndose respectivamente al artículo 949 del Código de Comercio y artículo 1.902 del Código Civil no es correcta, porque como ha quedado demostrado la primera está pensada únicamente para el plazo de prescripción de acciones en interés de la sociedad contra los administradores, y no para las acciones que puedan tener los terceros por los daños que les hayan causado personalmente los administradores en el ejercicio de su actividad. Como es sabido, el supuesto de hecho de la responsabilidad frente a la sociedad no se corresponde, en principio, con el supuesto de hecho de la responsabilidad del administrador frente a terceros (19) y en esa medida la alternativa propuesta no procede. La relación norma especial-norma general que debería haber realizado el Tribunal tendría que haber sido, en su caso, entre el artículo 262.5 LSA y el 1.902 del Código Civil, por referirse ambas normas a la responsabilidad frente a terceros.

4. En cuarto lugar, el Tribunal llega a calificar de estéril la discusión acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción individual. Y ello por seis razones que pueden sintetizarse así: 1) porque el artículo 135 cuenta con una regulación propia que la especializa respecto de la obligación genérica del artículo 1.902 del Código Civil; 2) porque el incumplimiento del deber de diligencia —sea frente a la sociedad sea frente a los terceros— determina la culpa del administrador; 3) porque la acción del artículo 135 lo es de indemnización, lo que refuerza la aplicabilidad del artículo 949 del Código de Comercio; 4) porque nada impide que la acción del artículo 135 coexista con la del artículo 1.902 del Código Civil; 5) porque si el artículo 135 sólo se refiriera a la responsabilidad del administrador en su esfera personal resulta-

(19) Sobre esta cuestión, vid. *in extenso*, ALFARO, en *RdS*, págs. 51 y sigs.

ría un precepto superfluo que perdería justificación como excepción a las reglas de imputación derivadas del carácter orgánico de la actuación del administrador; 6) porque la presunta nitidez de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores se desdibuja cuando la acción de responsabilidad contra el administrador tiene su origen en uno o varios contratos celebrados con la sociedad a través del propio administrador.

Seguramente esta parte de la argumentación —más o menos coherente con el objetivo que se pretende, esto es, unificar el plazo de prescripción de la responsabilidad de los administradores— no debería sorprendernos, pero no podemos dejar de afirmar la gravedad de alguna de las afirmaciones que aquí se hacen con el único objetivo de zanjar la polémica que sobre esta materia viene arrastrándose hace años. Algunas de las razones no son sino repetición de las afirmaciones anteriores y por tanto ya han sido contestadas. Las restantes, en particular la razón tercera y quinta reflejan la interpretación que el Tribunal hace del artículo 135. Interpretación que, como ha quedado apuntado, pasa por afirmar que el artículo 135 configura una acción individual de responsabilidad contra el administrador por parte de todo aquél que haya sufrido un daño directo en su patrimonio con ocasión de la actuación del administrador en el ejercicio de sus funciones. La interpretación que se hace del artículo 135 es, en definitiva, la consagración de la excepción a las reglas de imputación derivadas del carácter orgánico de la actuación del administrador. La crítica a esta concepción excepcional ya ha sido puesta de manifiesto en nuestra doctrina (20). Una interpretación como la apuntada resulta exorbitante, tanto en el plano contractual como extracontractual. El exceso en el primer caso se muestra porque haría responder al administrador frente a los acreedores contractuales de daños de los que la sociedad es la única responsable contractual. En el plano extracontractual porque le haría responder frente a cualquier tercero de todos los daños extracontractuales procedentes de la gestión social. La crítica que merece la doctrina del Tribunal también recae en el plano de las consecuencias jurídicas. Concebir el artículo 135 LSA como consagración de una acción unitaria lleva al error de entender —tal y como afirma el Tribunal en su punto tercero— que la única consecuencia de la acción de responsabilidad es la indemnización de daños y perjuicios por parte del administrador. Y esta conclusión no puede mantenerse. Como certeramente se ha ejemplificado por nuestra doctrina, no hay razón alguna, por ejemplo, para impedir que se ejerciten las correspondientes acciones de cesación, rectificación o remoción del artículo 18 LCD contra un administrador que en el ejercicio de su actividad haya denigrado a un competidor (21).

5. En el punto sexto, la aplicación del plazo de cuatro años del 949 del Código de Comercio y no el de un año del 1968-2.º del Código Civil se justifica recurriendo a una reiterada doctrina jurisprudencial que —partiendo de que «la prescripción no es una institución fundada en intrínseca justicia» (STS de 22 de febrero de 1991, entre otras muchas)— exige una interpretación restrictiva de la figura, aplicando los plazos de prescripción más extensos y más favorecedores para el reclamante (22).

(20) ALFARO, en *RdS*, pág. 47.

(21) ALFARO, en *RdS*, pág. 52.

(22) Este criterio ha sido recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 21 de junio de 1994, que dice: «...es de destacar que no

El error del Supremo en este caso trae su origen nuevamente —como en el punto tercero de su argumentación— en la comparación de preceptos que no son jurídicamente equivalentes. Como venimos afirmando, el plazo de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio es el plazo de prescripción de acciones que la sociedad pueda ejercitar contra los administradores, pero no de las eventuales acciones que, contra los mismos, puedan ejercitar los terceros. De aplicar «los plazos de prescripción más extensos y más favorecedores para los reclamantes», como declara el Tribunal, los plazos a comparar serían, el general de quince años del artículo 1.964 del Código Civil, en el caso de posibles acciones contractuales de los terceros contra los administradores, y el plazo que, para una acción de la misma naturaleza, estableciera una norma específica al respecto. En el caso de acciones de responsabilidad extracontractuales, los plazos a tener en cuenta serían, el de un año del artículo 1968-2.º del Código Civil y el plazo que, para un supuesto de hecho equivalente, prescribiera en su caso, la norma especial correspondiente.

Siendo así, no podemos dejar de manifestar nuestras dudas acerca de que la prescripción deba de ser siempre una figura de interpretación restrictiva, tal y como propugna el Tribunal. En particular, en el caso que nos ocupa de responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad *ex* artículo 262.5 LSA, lo sensato sería justamente lo contrario. En efecto, si el legislador hubiera fijado un plazo específico para el ejercicio de la eventual acción contractual de responsabilidad contra el administrador derivada de este precepto y ese plazo fuese inferior al plazo general de quince años establecido en el 1.964 del Código Civil, tendríamos que concluir que —además de por tratarse de una norma especial— lo razonable sería aplicar el plazo de prescripción más reducido, habida cuenta de que se trata de una norma «tan inaudita como extremada (...) sin parangón en el Derecho comparado» (23). El carácter exorbitante de la norma aconseja en efecto, no hacer aún mayor los efectos a todas luces excesivos que el precepto ha originado. Nuestra conclusión es clara, *ceteris paribus*, la aplicación del plazo de prescripción habrá de hacerse en función de la naturaleza y las circunstancias del caso concreto y no con carácter general a favor del plazo más extenso para el reclamante».

6. Hemos dejado para el final el comentario al punto quinto de la argumentación del Tribunal, por entender que es en este punto donde se encuentra la razón fundamental que llevó en última instancia al Tribunal en su sentencia de 2001 a sentar doctrina en favor de la unificación del plazo de prescripción. Esa razón no es sino la de aportar seguridad jurídica a esta materia, y acabar con la polémica sobre el plazo de prescripción de las diferentes acciones de responsabilidad contra los administradores.

Así lo ha entendido también la sentencia que ahora comentamos, cuando declara que «esta Sala en su sentencia de 20 de julio de 2001 ha tenido

siendo la prescripción una institución fundada en intrínseca justicia, la doctrina más reciente exige una interpretación restrictiva (STS de 22 de febrero de 1991, entre otros muchos), entendiéndose como más ajustado el plazo señalado en el artículo 949 del Código de Comercio, que establece un plazo de cuatro años a contar desde que por cualquier motivo cesara en el ejercicio de la administración...». En igual sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 18 de abril de 1995.

(23) Así, F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 20.ª ed., Madrid, 1997, I, pág. 539.

ocasión de poner fin a cierta fluctuación que se había venido registrando en sus sentencias en torno al plazo de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad de los administradores sociales, entendiéndose que el de las que se funden en el artículo 135 LSA debe ser también el de cuatro años que establece el artículo 949 del Código de Comercio prescindiendo de la polémica —que se considera estéril— en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción mencionada y unificando dicho plazo para todos los supuestos de reclamaciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, lo que ofrece las ventajas de aportar a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual».

No se puede negar lo evidente. La doctrina que sienta el Tribunal sobre la unificación del plazo para todas las acciones de responsabilidad contra los administradores sin duda pone fin a la «fluctuación que se había venido registrando en sus sentencias en torno al plazo de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad de los administradores sociales». El problema es preguntarse a costa de qué se pone fin a la discusión. La respuesta la da el propio Tribunal. A costa de pasar por alto la cuestión central: la determinación de la naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad que corresponda en cada caso y las normas que en su caso serían aplicables. No parece necesario justificar la gravedad de esta decisión. La seguridad jurídica que, a corto plazo, se aporta a la materia con la unificación del plazo de prescripción para todo tipo de supuestos de responsabilidad acabaría generando, a la larga, una —injustificable— inseguridad jurídica en el sistema.

Como hemos afirmado más arriba, el administrador responde *ministerio legis* de una deuda ajena, la de la sociedad, y en la medida que su responsabilidad se configura como una suerte de fianza legal, las reglas que se le aplicarán serán las mismas que deban aplicarse a la obligación social. En consecuencia habrá que analizar la naturaleza de los créditos derivados de la obligación social y aplicar los plazos de prescripción —contractual o extracontractual— que corresponda en cada caso. La discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad resulta en fin, todo menos estéril —como se permite afirmar sin reparos el Tribunal—. Es la cuestión central y es precisamente la labor que en última instancia corresponde hacer a los jueces para decidir la normativa aplicable. La dificultad de la tarea en ningún caso puede servir de argumento —o mejor de excusa— para eximir de su análisis, calificación y correcta aplicación de la normativa correspondiente, si de verdad pretendemos garantizar una auténtica seguridad jurídica en la correcta aplicación de las normas de nuestro ordenamiento.

3. URBANISMO

POF EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

CONJUNTOS INMOBILIARIOS, PROPIEDAD HORIZONTAL Y DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE OCTUBRE DE 2002.)

Resolución de 23 de octubre de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en virtud de recurso gubernativo interpuesto contra la negativa a inscribir una escritura de segregación y división en propiedad horizontal.

I. RELATO DE LOS HECHOS

Mediante escritura pública, la compañía mercantil, propietaria de una finca registral, segrega de ella una parcela que se describe y divide el resto de la finca matriz en régimen de propiedad horizontal, haciendo constar las distintas partes privativas que la componen.

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad correspondiente, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrita la segregación solicitada, al tomo (...); y por lo que se refiere al exponiendo IV (división horizontal), extendiendo nota de calificación, suspendiendo la inscripción solicitada, siendo el defecto subsanable, por no ir precedida la división horizontal de la previa declaración de obra nueva, construida, o al menos comenzada, con el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes (licencia de obra, certificación del arquitecto director de obra, seguro decenal en su caso...); y todo ello con independencia de que el complejo inmobiliario, que al parecer se quiere construir, haya de regirse por las normas de la propiedad horizontal y se divida horizontalmente con asignación de cuotas entre las diferentes edificaciones comenzadas o bien proyectadas, en el supuesto de construcción por fases (ya que de la escritura se deduce que se pretende construir varias naves o edificaciones sobre una sola parcela, sin previa parcelación urbanística (art. 5.8, apartados 4.º y 5.º, 9 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de marzo de 2001, y 23 de junio de 1998)...».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la Ley de Propiedad Horizontal no previó en su origen la existencia de urbanizaciones privadas o conjuntos inmobiliarios, en los que salvadas las diferencias, se da la misma circunstancia de la existencia de unas titularidades independientes sobre determinados elementos de uso particulares y otras titularidades compartidas entre elementos de uso común, con adscripción de éstas a aquéllas, así como de una organización necesaria para la ordenación de las relaciones asociativas, externas e internas, del conjunto de titulares. Que la posición de la doctrina ha sido la de aplicar en estos casos la figura de la propiedad horizontal, adjetivada como tumbada. Esta postura es la adoptada por la Resolución de 2 de abril de 1980 y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1988, 13 de marzo de 1989 y 23 de septiembre de 1991. Que el vacío legal en la materia ha sido

llenado mediante el artículo 20 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 46/1960; de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, que añade un capítulo III a esta Ley, rubricado «Del Régimen de los Complejos Inmobiliarios Privados», y el artículo 24 regula los requisitos de los complejos inmobiliarios privados. De lo anterior se deduce que para aplicar directamente la Ley de Propiedad Horizontal no se precisa declaración de obra nueva alguna con carácter previo. Que hay que concluir diciendo que la carencia total de edificaciones y la falta de los correspondientes proyectos no impide la existencia de parcelas que puedan dar lugar a un complejo inmobiliario privado en los términos que prevé el artículo 24.1 de la Ley de Propiedad Horizontal; y no tendría sentido que, siendo ello posible, no pudiera gozar de la protección que se deriva de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Que lo que justifica la propiedad horizontal es la vinculación funcional entre los diferentes elementos integrantes del complejo, la cual puede existir antes de ejecutarse edificación alguna, como sucede, por ejemplo, con el vial común del acceso a las parcelas privativas que se da en el supuesto que se estudia, igualmente necesario con o sin edificio. Que hay que añadir que la posibilidad de construir e inscribir el régimen de propiedad horizontal sobre las parcelas resulta de gran interés para sus adquirentes al propiciar el conocimiento del estatuto jurídico de éstas con todo lo que se incluye. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado admite la inscripción en sede de la propiedad horizontal «tradicional» antes de iniciarse la construcción de la denominada «prehorizontalidad», en Resolución de 17 de julio de 1998. Que el criterio de la señora Registradora no puede mantenerse porque relega al último momento la determinación del contenido del derecho de propiedad inherente a las parcelas y la dificultad de la configuración de la propiedad horizontal frente a la facilidad de la configurada por el promotor único, antes de su venta, aparte de multiplicar innecesariamente las operaciones y costas notariales, fiscales y registrales. Que se manifiesta en las escrituras con meridiana claridad que el objeto de la propiedad horizontal es, precisamente, crear para su enajenación a diferentes personas, parcelas independientes, añadiéndose en los estatutos que el titular de cada parcela podrá ejecutar en la misma la edificación pertinente. Que se acredita en la escritura la obtención de la preceptiva licencia municipal. Que en cuanto a las Resoluciones citadas por la Registradora, la de 21 de marzo de 2001, no hace sino confirmar los argumentos del recurrente y la de 23 de junio de 1998, no es aplicable al caso presente.

La Registradora de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que la obra nueva es previa a la propiedad horizontal «ordinaria», puesto que presupone la existencia de una edificación susceptible de división en pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente en los términos del artículo 396 del Código Civil, cuyo título constitutivo ha de contener necesariamente la descripción del edificio en su conjunto (art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal). Que este es el sentido de la Resolución de 23 de junio de 1998. Que es previa la obra nueva asimismo a la propiedad horizontal «tumbada» a la que es aplicable el artículo 396 del Código Civil y que puede estar integrada por dos o más edificaciones o dos o más parcelas, o ambas, pudiendo dar lugar a lo que se denomina «complejo inmobiliario» o «propiedad horizontal compleja», en los términos del artículo 24, según entiende la doctrina, cuya especialidad se refiere a la existencia de elementos comunes de dos clases y, por tanto, dos tipos de cuotas (las generales y las de cada edificio). Que el hecho que la comunidad tumbada pueda estar integrada por dos o más

parcelas, se considera no implica que el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal autorice a dividir horizontalmente una parcela registral en cuatro y configurar el resto de finca matriz como elemento común, sin previa declaración de obra nueva, al menos, comenzada; ya que esta es la vía que se ha utilizado para organizar el régimen de propiedad sobre la finca, cuando se hubiere logrado la vía de parcelación y la configuración de una «titularidad *ob rem*», sobre la parte o partes de la finca destinada a ser elemento común, como fincas independientes. Todo ello sin perjuicio de que ulteriormente hayan de regirse las parcelas resultantes por las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. Que es el régimen de Propiedad Horizontal, a través de su título constitutivo, el destinado a regular la forma especial de propiedad que se produce en los casos previstos en el artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal; pero no es el medio hábil para crear las parcelas, sino para regular la especial situación que se produce entre dos o más elementos comunes. Que el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, al hablar de «dos o más parcelas», se considera que se está refiriendo siempre a dos o más parcelas integradas en el complejo inmobiliario, alguna de las cuales puede no estar edificada, o bien para destino específico común, o bien por tratarse de un supuesto de constitución por fases. En cualquier caso la construcción deberá estar comenzada y declarada, para que se pudiera hablar de una construcción por fases, a los efectos de formalización en documento público y constancia registral (Resolución de 21 de marzo de 2001).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 396 del Código Civil, 2 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1988, 13 de marzo de 1989 y 23 de septiembre de 1991, así como las Resoluciones de esta Dirección General, de 2 de abril de 1980, 27 de mayo de 1988 y 5 de marzo de 2001:

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: Se presenta en el Registro escritura por la que los representantes del titular registral constituyen sobre una finca el régimen de propiedad horizontal, siendo los elementos privativos cuatro parcelas y elemento común un vial central, estableciendo, además, que el titular de cada parcela privativa podrá edificar en la misma un edificio industrial de acuerdo con las previsiones del plan parcial correspondiente. La Registradora suspende la inscripción «por no ir precedida la división horizontal de la previa declaración de obra nueva, construida o, al menos, comenzada». El Notario recurre la calificación.

2. En el presente supuesto no existe una propiedad horizontal, sino una división en fincas independientes sobre la que se constituye un complejo inmobiliario —cfr. art. 24.2, núms. *a)* y *b)* de la Ley de Propiedad Horizontal—. Pero, aunque se tratara de una propiedad horizontal, dicha Ley en ningún momento exige la previa declaración de obra nueva, la cual nunca es requisito indispensable para la constitución de tal régimen, puesto que el mismo se puede constituir contando como base una edificación antigua que tenga unidades susceptibles de aprovechamiento independiente.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando la calificación de la Registradora.

III. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Plantea la presente Resolución una de las múltiples cuestiones que surgen en torno a la determinación del régimen jurídico y registral aplicable a los conjuntos o complejos inmobiliarios. Aunque se trata de una materia de gran importancia práctica, lo cierto es que en España han estado huérfanos de regulación hasta tiempos recientes, ya que ni siquiera la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, los contemplaba de manera directa en su redacción originaria, ocasionando de este modo un auténtico vacío legal.

Ante ese panorama, la doctrina científica, la práctica jurídica y la jurisprudencia fueron recurriendo a diversos expedientes para dotar a los conjuntos inmobiliarios de una configuración jurídica apropiada. Una de las posibilidades más aplaudidas consistió en su catalogación como una especie de propiedad horizontal *tumbada*, propugnando la aplicación analógica o extensiva de las normas de la propiedad horizontal (1).

En este sentido, y desde el punto de vista hipotecario, la célebre Resolución de 2 de abril de 1980, ante la ausencia de normas reguladoras de las llamadas urbanizaciones privadas, entendió que podían reflejarse en el Registro en la misma forma que la propiedad horizontal, abriendo folio registral para la urbanización en su conjunto; después, folios separados para cada uno de los edificios, y si alguno de éstos se dividiera horizontalmente, podrían abrirse nuevos folios para los distintos pisos o locales.

Más tarde, la Ley de Propiedad Horizontal sería reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que añadió a aquélla un artículo 24 recogiendo la aludida tendencia tradicional, al disponer la aplicación del «régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil» a los conjuntos inmobiliarios en determinadas condiciones.

Recoge así la Ley reformada esta doctrina de la asimilación de los conjuntos inmobiliarios a la propiedad horizontal ordinaria, si bien no parece que excluya otras formas de configuración, como luego se verá.

En virtud de las remisiones que, con más o menos matizaciones, hace la Ley a las normas generales de la propiedad horizontal para su extensión a los conjuntos inmobiliarios, y de la que se hace eco la propia Resolución que examinamos, vamos a abordar la cuestión desde un escalón anterior: el del ámbito general de la propiedad horizontal en un edificio singular, para luego descender a su concreción en relación con dichos conjuntos.

Es esa la técnica que emplea la Resolución que examinamos, al ponderar la aplicabilidad de las normas reguladoras de la propiedad horizontal al caso que motivó el recurso para adoptar una decisión al respecto. La cuestión que se plantea en ella es si es o no necesaria la previa declaración de obra nueva para la inscripción de un conjunto inmobiliario.

La declaración de obra nueva, respecto de la cual se hace en la Resolución alguna afirmación que *prima facie* puede parecer desafortunada, tiene un

(1) Esta posibilidad es acogida en el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en el año 1972, en que ante la alternativa entre un literalismo de la definición legal y una flexible aplicación de su *ratio* jurídica se opta por la segunda solución.

importante reflejo en el ámbito del Derecho Urbanístico, en cuanto que exige determinados requisitos que son esenciales para el control de la legalidad urbanística de las edificaciones, como son la obtención de la correspondiente licencia municipal y la certificación del técnico competente a que se refiere el artículo 22 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998.

Para su examen resulta conveniente distinguir entre los requisitos para la existencia de la propiedad horizontal, al margen del Registro, y los requisitos para su inscripción, comenzando en ambos casos con un breve esbozo de las reglas generales para continuar aludiendo a las especialidades que pueden extraerse del relato de los hechos de la Resolución.

2. LOS REQUISITOS FÁCTICOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La doctrina suele distinguir, con FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (2), dos clases de requisitos para la constitución del régimen de propiedad horizontal: los de carácter *fáctico*, que son la existencia de un edificio que esté dividido en pisos o locales que sean susceptibles de aprovechamiento independiente y pertenezcan a distintas personas, y un requisito *jurídico*, que consiste en el otorgamiento del llamado título constitutivo.

Faltando alguno de estos requisitos, no entra en juego en toda su dimensión el complejo entramado de relaciones jurídicas que constituye la propiedad horizontal, siendo estas situaciones incompletas calificadas como *prehorizontalidad* (3).

No corresponde a estos comentarios realizar un examen pormenorizado de las distintas formas que puede revestir la prehorizontalidad, pero sí consideramos conveniente aludir a alguna de ellas que subyace en el supuesto de hecho de la Resolución contemplada: la ocasionada por el incumplimiento del primero de los requisitos fácticos antes apuntados, es decir, por la inexistencia del edificio.

En ese supuesto, el contenido de la relación jurídica está constituido simplemente por el derecho de propiedad, que recaerá sobre el solar y se extenderá, por la vía de la accesión regulada en los artículos 353 y siguientes del Código Civil, al edificio que en su día se construya. Es obvio que no cabe hablar hasta entonces de prehorizontalidad, sino de una mera voluntad interna del propietario del suelo dirigida a construir un edificio y a separar el dominio de sus diferentes pisos o locales, que llevará aneja una participación en los elementos comunes, mas esta voluntad interna carece de relevancia jurídica y por ende no constituye un auténtico supuesto de prehorizontalidad, a menos que esa voluntad interna se exteriorice elevándose a la categoría de negocio jurídico, por ejemplo, mediante un contrato celebrado por el prope-

(2) «La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español», en *Editorial Revista de Derecho Privado*, 1973, pág. 257.

(3) DIEZ PICAZO («Ponencias y Comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral», Cinder, 1978, pág. 300) define la prehorizontalidad como aquella situación jurídica en la cual el régimen jurídico de la propiedad horizontal no ha llegado todavía a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos para ello por el ordenamiento jurídico, pero en la cual de algún modo puede decirse que se encuentra ya armada o declarada la voluntad de los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y además se ha iniciado el *iter* jurídico necesario para conseguirlo.

tario único con el adquirente de una participación indivisa sobre el suelo, o en virtud de los pactos entre los copropietarios del solar que configuren el contenido de la comunidad, como claramente permite el artículo 392.2.º del Código Civil.

Si, perteneciendo el solar o el edificio a un solo propietario, se hubiera iniciado o concluido la edificación, podría otorgarse el título constitutivo, en cuyo caso cabría también hablar de prehorizontalidad hasta el surgimiento del pleno régimen de propiedad horizontal como consecuencia de la enajenación de alguno de los elementos privativos.

3. LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Sentadas las anteriores premisas, podemos abordar la cuestión relativa a los requisitos necesarios para el acceso al Registro de la Propiedad de la propiedad horizontal, y lo haremos siguiendo el mismo esquema empleado en el apartado anterior para los requisitos extrarregistrales.

Las reglas generales se contienen en los apartados 4.º y 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria que, como es sabido, adoptan el llamado sistema de pluralidad de folios registrales, de manera que se contempla la existencia de un folio registral para el edificio en su conjunto y, una vez inscrita la constitución del régimen, la sucesiva apertura de folios independientes para cada uno de los elementos privativos.

Este planteamiento, aparentemente simple, presenta algunas dificultades en su aplicación a cada caso concreto. Así sucede en el caso presente, al concurrir las especialidades antes aludidas, si bien serán contempladas ahora desde la perspectiva del Derecho Hipotecario.

En relación con la existencia del edificio, el artículo 8.4.º de la Ley Hipotecaria exige para la constancia registral del régimen que la construcción del edificio «esté concluida o, por lo menos comenzada». De igual modo, el artículo 308 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción de la declaración de obra nueva meramente comenzada.

Consecuentemente, es preciso determinar en qué momento se ha de considerar comenzada la construcción del edificio. Frente a la posición que entiende que la obra debe estar «materialmente» comenzada (4), en nuestra doctrina científica goza de gran predicamento la tesis según la cual basta con que lo esté «técnicamente», es decir, una vez que el edificio, con sus elementos comunes y privativos, quede perfectamente definido, habiendo sido confeccionado y aprobado administrativamente el correspondiente proyecto (5).

En todo caso, y partiendo de la necesaria existencia del edificio aunque no esté terminado, ha de hacerse referencia a la forma de su constatación tabular, como base objetiva de las relaciones jurídicas propias de la institución.

No ofrece dificultad alguna la hipótesis de que el edificio preexistiera a la inmatriculación de la finca sobre cuyo suelo se asienta, caso en que la edificación se hará constar en el cuerpo del asiento, al amparo

(4) BUENAVENTURA CAMY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Centro de Estudios Hipotecarios de Granada, 1969, pág. 693.

(5) Así se concluye también en las sesiones del I Simposio sobre Propiedad Horizontal de 1972.

de los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, que prevén el acceso al Registro de «la construcción de edificios (...) por su descripción en los títulos referentes al inmueble», entre otros medios. Naturalmente, también en tal caso de inmatriculación de una finca edificada deben cumplirse las exigencias que la legislación urbanística impone para la ulterior inscripción de las declaraciones de obra nueva. Así lo viene entendiendo reiteradamente la Dirección General en sus Resoluciones de 22 de julio de 1998, 9 de octubre de 2000 y 13 de septiembre de 2003, entre otras.

A análogas conclusiones cabe llegar en el caso de inmatriculación del edificio en sí, posibilidad que permite expresamente el artículo 8 de la Ley Hipotecaria y que es muy frecuente sobre todo en los núcleos urbanos, describiéndose la finca registral como «casa» o «edificio» y no como «terreno» o «solar».

Fuera de los supuestos anteriores, es decir, cuando en el folio abierto a la finca o solar no figura referencia a edificación alguna, la inscripción del régimen de propiedad horizontal exige la previa o simultánea constatación registral del edificio, lo que se verifica mediante la declaración de obra nueva.

Sobre la base de cuanto antecede, hemos de detenernos en una frase vertida en el Fundamento de Derecho 2.º de la Resolución que, sacada de su contexto, puede producir cierta perplejidad al decir que, «aunque se tratara de una propiedad horizontal, dicha Ley en ningún momento exige la previa declaración de obra nueva, la cual nunca es requisito indispensable para la constitución de tal régimen».

La declaración de obra nueva, sin ser un requisito constitutivo de la propiedad horizontal, sí que constituye un presupuesto natural para su inscripción registral. Tal exigencia, que no aparece recogida de manera explícita en la legislación hipotecaria, resulta perfectamente lógica si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

No es posible la existencia de un derecho sin objeto, por lo que tampoco es posible la inscripción de un derecho sin describir el bien sobre el que recae (conforme al art. 9 de la Ley Hipotecaria). Si, estando inmatriculada la finca, no figura registrado el edificio (objeto del derecho), será necesario su acceso al Registro, lo que se verifica mediante un documento público con los requisitos de los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, así como los demás preceptos aplicables, como los urbanísticos o los de la Ley de Ordenación de la Edificación. Este documento no es otro que la llamada declaración de obra nueva.

Como hemos visto, la propiedad del solar se extiende por accesión al edificio que sobre él se erija, al margen de la posible constatación como finca registral del solo edificio como objeto de derechos. La constitución del régimen de propiedad horizontal supone una división de una finca (el edificio), por lo que es presupuesto ineludible para la inscripción de dicho régimen la previa inscripción, o inmatriculación en su caso, del edificio con sus pisos o locales, sobre los que pasará a recaer el derecho respectivo, lo que exigirá el otorgamiento de la declaración de obra nueva de conformidad con los preceptos antes citados.

La declaración de obra nueva instrumenta el control de la legalidad urbanística por parte de los notarios y registradores, quienes habrán de comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos para la edificación por la legislación aplicable, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley del Suelo de 1998, desarrollados por los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. Por ello, no es lícito defraudar esas exigencias urbanísticas soslayando la necesidad de la declaración.

El artículo 53 del mismo Real Decreto 1093/1997, que regula los requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal, presupone necesariamente la previa declaración de obra nueva para la inscripción de dicho régimen.

Por otro lado, y partiendo de la necesidad de que la construcción del edificio esté comenzada para poder inscribir el régimen de propiedad horizontal mediante el correspondiente título constitutivo, hay que destacar que tal exigencia legal no resulta empañada por aquellos supuestos en que se hace referencia en el Registro a dicho régimen aun antes de comenzar la construcción. Son supuestos de prehorizontalidad que tienen su relejo registral sin menoscabo de la doctrina hasta aquí descrita. Así sucede con los asuntos examinados por la Dirección General en las Resoluciones de 18 de abril de 1988 y 17 de julio de 1998 (Comunidad Valenciana), la de 16 de mayo de 1996 (cesión de solar a cambio de obra futura) o las de 24 y 25 de junio de 1991 (anotación de demanda sobre piso proyectado).

En relación con esta cuestión, también resulta interesante la disposición del artículo 7 del citado Real Decreto 1093/1997, que al regular las circunstancias que han de contener los proyectos de equidistribución dispone en su apartado 7.º que «se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral». Comentando esta regla, señala ARNÁIZ EGUREN (6) que, «parece evidente que no es necesario el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 45 y siguientes de las Normas Complementarias (relativas, como vimos, a la declaración de obra nueva), puesto que el control administrativo de las obras tiene lugar, de forma completa, en virtud de las aprobaciones administrativas del proyecto de equidistribución».

4. LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL A LA REALIDAD DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS

La deseable sencillez de las normas jurídicas es rebasada en ocasiones por el legislador, produciendo un efecto contrario al propio de aquella premisa al dificultar su aplicación. Es esto lo que sucede con el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que la aplicación a los conjuntos inmobiliarios del

(6) *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, 1999, pág. 90.

resto del articulado de dicho cuerpo legal no está exenta de problemas, especialmente en la esfera registral, generados fundamentalmente por tratarse de una realidad que se aparta en muchos aspectos de los simples edificios divididos horizontalmente y por el laconismo con el que se pronuncia el citado precepto.

En consecuencia, la aplicación de las normas reguladoras de la propiedad horizontal a los conjuntos inmobiliarios exige un especial esfuerzo de adaptación o adecuación de las mismas a las particularidades que éstos presentan, lo que acerca en gran medida esa aplicación a la propia de la analogía, e incluso en algunos casos obstaculizará la aplicación de su régimen.

En esta línea, LASO MARTÍNEZ (7) concibe dos grandes grupos de conjuntos inmobiliarios:

1. Pluralidad de fincas, edificadas o no, que tengan bienes o servicios comunes, aun cuando estos últimos recaigan sobre bienes privativos. En ambos casos el nexo de unión de las titularidades individuales se proyecta, como mínimo, en la regulación de una cotitularidad de bienes o servicios, ligada, *ob rem*, a los bienes privativos. Como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de septiembre de 1982, la figura de las «titularidades *ob rem*... exige que entre las fincas cuyas titularidades se conectan deba existir, como causa económica y a la vez jurídica que justifique esta conexión, una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de destino». Lo cual es independiente, en esta primera aproximación, de que la configuración se haga bajo la idea tradicional de elemento común o incluso como elemento independiente conectado *ob rem* con la titularidad privativa.
2. Pluralidad de fincas privativas sometidas a un régimen común de limitaciones recíprocas incluso para el caso de falta de bienes o servicios comunes.

Por lo tanto, junto a los conjuntos inmobiliarios configurados bajo la estructura típica de la propiedad horizontal, que podrían denominarse «conjuntos inmobiliarios horizontales», cabe la existencia de otros que se aparten en mayor o menor medida de ella, superando incluso la tradicional distinción entre elementos comunes y privativos. El citado autor concluye diciendo que «si lo que da razón a la propiedad horizontal es la accesoriedad de determinados bienes en beneficio de los elementos privativos, en los conjuntos sin bienes materiales en común existe sin embargo una accesoriedad del régimen de uso en beneficio también de la mejor condición de los elementos privativos y del buen fin del conjunto».

En virtud de lo anterior, el siguiente interrogante que hemos de esclarecer es si el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal cobija o excluye esta pluralidad de posibles configuraciones y, por tanto, de regímenes jurídicos dentro de un concepto genérico de los conjuntos inmobiliarios.

Para ello es preciso examinar con cierto detalle el citado artículo 24, cuyo contenido puede sintetizarse como sigue:

(7) LASO MARTÍNEZ, «De la propiedad de casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», en *RCDI*, 619, pág. 1842.

- Según su primer apartado, «El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil (es decir, el régimen de propiedad horizontal) será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios que reúnan los siguientes requisitos: *a)* Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales; *b)* Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».
- El número 2.º recoge las dos formas en que pueden organizarse «los complejos inmobiliarios a que se refiere el apartado anterior»: constituirse en una única comunidad de propietarios o bien en una agrupación de comunidades. En ambos casos se aplicará la Ley de Propiedad Horizontal, sin perjuicio de lo que sigue.
- El apartado 3.º introduce ciertas especialidades para el caso de constitución de la citada agrupación de comunidades.
- El 4.º y último apartado hace referencia al régimen aplicable «a los complejos inmobiliarios que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2».

A la vista de ese precepto, algunos autores estiman que su apartado 1.º contiene una definición de los complejos inmobiliarios, por lo que sería sustancial a ese concepto la coexistencia de elementos privativos y elementos materiales comunes, al igual que ocurre en la propiedad horizontal ordinaria, sin que quepan según esta tesis otras posibilidades de configuración al margen de ésta.

Sin embargo, nosotros consideramos que el reiterado artículo 24 no impide sostener la idea de la diversidad de formas y manifestaciones de los conjuntos inmobiliarios en los términos que ya se han expuesto. Como argumentos en este sentido se pueden esgrimir los siguientes:

- a)* La literalidad del apartado 1.º, antes transcrito, que no se limita a decir que el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil será aplicable a los complejos inmobiliarios sin más, sino que limita su aplicación a aquellos conjuntos que reúnan los requisitos definitorios de la propiedad horizontal. Por lo tanto, *a contrario sensu*, resulta que ese régimen no será aplicable, al menos directamente, a los que no reúnan tales requisitos, cuya regulación no compete a la Ley de Propiedad Horizontal. Creemos por ello que este apartado no define los complejos inmobiliarios, sino que se centra exclusivamente en los que se conciben de modo análogo a la propiedad horizontal, pero no impide en modo alguno una configuración distinta.
- b)* Para entender el siguiente argumento, hay que partir de dos premisas previas. Por un lado, el apartado 2.º recoge, según vimos, las dos formas de organización de los complejos inmobiliarios «a que se refiere el apartado anterior», esto es, de los que se constituyan con asimilación a la propiedad horizontal. Quiere ello decir que tanto el número 1 como el 2 se refieren exclusivamente a dichos complejos «horizontales». En segundo término, dicho apartado segundo determina, a nuestro juicio, las dos únicas alternativas posibles para la organiza-

ción de la comunidad o comunidades propias de tales complejos (8). Si ello es así, no resulta difícil llegar a la siguiente conclusión: cuando el apartado 4.º establece el régimen aplicable «a los complejos inmobiliarios que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2» se está refiriendo a aquellos que se configuren al margen de la propiedad horizontal. De este modo, el artículo 24.4.º estaría avalando la posibilidad que sostenemos.

- c) Podría considerarse un obstáculo para la interpretación que propugnamos la remisión del artículo 24.4.º a la propia Ley como supletoria de lo pactado, pero en realidad no lo es si se tiene en cuenta que tales pactos están en todo caso subordinados a las normas imperativas que regulen la figura jurídica cuyo cauce adopte en cada caso el conjunto en cuestión, por lo que la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal sólo podría plantearse en último extremo y, por supuesto, sólo aquellas normas y en aquellos casos cuya específica naturaleza lo permitiera.
- d) Un argumento lógico deriva de la relación entre los dos últimos apartados del artículo 24. Si, en contra de lo razonado en la letra «b» precedente, tuviéramos que aceptar que el apartado 4.º se refiere a los conjuntos de propiedad horizontal, significaría que los conjuntos «horizontales» que no se constituyan ni como comunidad única de propietarios ni como agrupación de comunidades (lo cual, según vimos, no es posible en nuestra opinión), se regirían supletoriamente por las normas de la Ley, con las especialidades del apartado 3.º. Estas especialidades son las previstas precisamente para la agrupación de comunidades, por lo que el precepto incurriría en una paradoja o contradicción evidente. En consecuencia, ha de entenderse que el apartado 4.º se refiere a complejos distintos de los contemplados por el 1.º.
- e) La expresión antes transcrita del artículo 24.2.º: «los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior», concerniente, como vimos, a los asimilados a la propiedad horizontal, deja patente que existen otros que se apartan de esta idea.
- f) El artículo 2.c) de la misma Ley, según el cual ésta se aplicará a los complejos inmobiliarios privados, añade una frase harto elocuente: «en los términos establecidos en esta Ley», por lo que se está insinuando que caben otros «términos» distintos; de lo contrario, dicha frase resultaría superflua o redundante.

5. CONCLUSIONES

Supuesta la posibilidad de configurar los conjuntos inmobiliarios bien como una realidad análoga a la propiedad horizontal o bien apartándose de

(8) La existencia de una Junta de Propietarios es una exigencia legal ineludible de la propiedad horizontal; sin embargo, la Ley concede para los complejos inmobiliarios la posibilidad de optar por lo que llama «agrupación de comunidades», en que coexisten la Junta de todos los propietarios del conjunto y las Juntas particulares de las distintas comunidades en que se divide. No imaginamos otra posibilidad distinta, dentro de los conjuntos «horizontales», al margen de estas dos.

ella, la visión de la problemática que plantea la Resolución objeto de estas líneas dependerá de si el conjunto al que se refiere pertenece a una categoría u otra.

La discrepancia de la que nace el recurso consiste en si, no constando en la descripción registral de un solar referencia a edificación alguna, es necesaria para la inscripción de un conjunto inmobiliario la previa declaración de obra nueva, con todos los requisitos que exige la legislación urbanística, del mismo modo que lo es para la inscripción del régimen de propiedad horizontal.

Las conclusiones que pueden extraerse de la construcción que hasta aquí se ha propuesto son las siguientes:

- a) En el caso de que el conjunto inmobiliario se hubiera configurado fuera de los cauces de la propiedad horizontal, en virtud de la libertad de configuración de los conjuntos que hemos preconizado, no parece haber obstáculo en admitir su prefiguración por el propietario único antes de preceder a la enajenación de los distintos elementos de que se compone, sin decidir en ese momento sobre los detalles de las edificaciones que hayan de realizarse en cada uno de ellos, lo que corresponderá en su día a los adquirentes dentro de los límites marcados por las normas urbanísticas y de los derivados del régimen especial al que están sometidos, cuya oponibilidad a terceros dependerá de su reflejo registral, en cuanto negocio de trascendencia real. Por ello, en este supuesto no resultaría procedente exigir declaración de obra nueva alguna.
- b) En otro caso, tratándose de conjuntos asimilables a la propiedad horizontal, habría que acudir a la analogía, según ya se ha indicado, con las normas propias de ésta que así lo admitan. En principio, la aplicación de las normas de la propiedad horizontal debería conducirnos a la declaración de obra nueva, pero lo cierto es que en el caso concreto de la Resolución no se ha iniciado realmente ninguna construcción. ¿Esta circunstancia impide la inscripción? Interpretando literalmente el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, la respuesta debería ser afirmativa, pero, como ya anticipamos, no cabe una aplicación analógica producto de una interpretación literal, porque resultaría ciertamente paradójica. Esa aplicación analógica exige la acomodación de la norma a la realidad a la que va a aplicarse, por lo que en este segundo supuesto habrá de trazarse un paralelismo entre las circunstancias que concurren en una y otra situaciones para apreciar la «identidad de razón» que establece el artículo 4.1.º del Código Civil para la aplicación analógica de las normas.

El equivalente al edificio horizontal en su conjunto estaría constituido, en el caso del complejo, por todo lo que se encuentra dentro de sus linderos globales. El comienzo de la construcción del primero (que la LH exige, como vimos, para la inscripción del régimen) tendría su expresión en este caso en el correspondiente proyecto inicial del conjunto, para el que se ha obtenido la correspondiente licencia, como se desprende del texto de la Resolución. Sin embargo, la especialidad del caso frente a la regla general consiste en que, habiendo comenzado la «construcción» del complejo por estar perfectamente delimitadas las parcelas privativas y comunes, no se ha efectuado en él obra material

alguna, por lo que no sería necesario tampoco aquí la declaración de obra nueva (9). Ésta será exigible cuando, enajenados a terceros todos o alguno de los elementos privativos, les sean abiertos los correspondientes folios registrales y se pretenda hacer constar las nuevas construcciones que en su día se hayan terminado o comenzado en ellos.

- c) Para terminar parafraseando el Fundamento de Derecho 2.º de la Resolución, interpretando su confusa redacción, según la tesis que apoyamos, cabe concluir que el conjunto inmobiliario contemplado por ella no se configura como propiedad horizontal (10), por lo que no es adecuado recurrir a sus normas como único basamento de la exigencia de la declaración de obra nueva. Pero, aunque el conjunto hubiera recibido tal configuración sometiéndose al régimen de propiedad horizontal, no podría olvidarse que las declaraciones de obra nueva no constituyen un requisito para la existencia de esta propiedad especial, sino simplemente el instrumento para la inscripción de un edificio, con independencia de si se divide horizontalmente o no. Y como en este caso concreto no ha comenzado edificación alguna, no hay obra nueva que declarar.

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

(9) El propio artículo 24.1 de la Ley de Propiedad Horizontal parece admitir la posible existencia de un complejo inmobiliario asimilado a la propiedad horizontal sin que haya comenzado la construcción de las obras, al permitir que está integrado por dos o más «parcelas», contraponiendo este término al de «edificaciones».

(10) Al menos como propiedad horizontal «ordinaria». Entre otras razones porque el vial destinado a ser elemento «común» es previamente objeto de segregación que recibe la calificación favorable del registrador y se inscribe pasando a formar finca registral independiente.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993, hecho en Ginebra el 6-5-1993.

— Corrección de errores de la Ley Orgánica 15/2003. 25-11-2003. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995, del Código Penal.

— Corrección de errores y errata de la Ley 62/2003, de 30-12-2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 295/2004. 20-2-2004. Establecen determinadas cualificaciones profesionales que se incluyen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, así como sus correspondientes módulos formativos que se incorporan al Catálogo Modular de Formación Profesional.

— Real Decreto 337/2004. 27-2-2004. Desarrolla la Ley 28/2003. 29-9-2003, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

— Real Decreto 431/2004. 12-3-2004. Regula las retribuciones previstas en la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley 15/2003, de 26-5-2003, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.

— Real Decreto 432/2004. 12-3-2004. Regula el complemento variable por objetivos de los miembros de la carrera fiscal.

— Real Decreto 553/2004. 17-4-2004. Reestructura los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 554/2004. 17-4-2004. Vicepresidencias del Gobierno.

— Real Decreto 558/2004. 17-4-2004. Nombra Ministros del Gobierno.

— Resolución 20-4-2004. Adapta el anexo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-12-2001, por el que se dispone la numeración de las órdenes ministeriales que se publican en el *BOE*.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Corrección de errores. Acuerdo Reglamentario 1/2004. 25-2-2004. Modifica con carácter urgente el Reglamento 1/1995, de 7-6-1995, de la Carrera Judicial, en lo relativo al tiempo mínimo de permanencia en los destinos de los Jueces y Magistrados, así como a la provisión de plazas en los Juzgados, en las Audiencias y en los Tribunales Superiores de Justicia.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 355/2004. 5-3-2004. Regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

— Real Decreto 600/2004. 19-4-2004. Nombra Secretario de Estado de Justicia a don Luis López Guerra.

— Real Decreto 602/2004. 19-4-2004. Nombra Director del Gabinete del Ministro de Justicia a don David Giménez Glück.

— Resolución 9-2-2004. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles en Resolución de concurso número 264.

— Resolución 10-2-2004. Anuncia Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 265.

— Resolución 19-2-2004. Convoca oposición entre Notarios.

MINISTERIO DE ECONOMÍA

— Real Decreto 302/2004. 20-2-2004. Cuotas participativas de las Cajas de Ahorro.

— Real Decreto 303/2004. 20-2-2004. Aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

— Orden 734/2004. 11-3-2004. Departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

— Orden 764/2004. 11-3-2004. Regula determinados aspectos de los préstamos de valores a que se refiere el artículo 36.7 de la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores.

— Corrección de errores. Orden 3614/2003. 16-12-2003. Aprueba las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 17-3-2004. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 19-4-2004. Índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE HACIENDA

— Real Decreto Legislativo 1/2004. 5-3-2004. Aprueba el TR de la Ley del Catastro Inmobiliario.

— Real Decreto Legislativo 2/2004. 5-3-2004. Aprueba el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

— Real Decreto Legislativo 3/2004. 5-3-2004. Aprueba el TR de la LIRPF.

— Real Decreto Legislativo 4/2004. 5-3-2004. Aprueba el TR de la LIS.

— Real Decreto Legislativo 5/2004. 5-3-2004. Aprueba el TR de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

— Orden 588/2004. 4-3-2004. Aprueba los modelos de declaración del IRPF y IP, ejercicio 2003, establece el procedimiento de remisión del borrador de declaración del IRPF y las condiciones para su confirmación o suscripción, determina el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, así como las condiciones generales y el procedimiento para su presentación por medios telemáticos o telefónicos.

— Orden 664/2004. 9-3-2004. Establece los mecanismos de coordinación entre los registros voluntarios de licitadores, en el marco de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales.

— Orden 665/2004. 9-3-2004. Regula determinados aspectos de la gestión recaudatoria de los ingresos de IVA de operadores extracomunitarios que prestan servicios por vía electrónica a consumidores finales y se modifica la Orden de 27-12-1991, por la que se dictan instrucciones acerca del régimen económico financiero de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución 19-2-2004. Organización y atribución de funciones en el ámbito de competencias del Departamento de Gestión Tributaria.

— Resolución 10-3-2004. Organización y funciones del Área de Informática Tributaria.

— Resolución 5-3-2004. Organización y atribución de funciones en el ámbito de competencias del Departamento de Recaudación.

— Corrección de errores. Orden 429/2004. 13-2-2004. Hace públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir de 1-1-2004.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 335/2004. 27-2-2004. Modifica el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22-12-1995, y el Real Decreto 2930/1979, de 29-12-1979, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

— Real Decreto 364/2004. 5-3-2004. Mejora de las pensiones de orfandad en favor de minusválidos.

— Real Decreto 428/2004. 12-3-2004. Modifica el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7-12-1995.

— Orden 500/2004. 13-2-2004. Regula la financiación de las acciones de formación continua en las empresas, incluidos los permisos individuales de formación, en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, 1-9-2003, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional Continua.

— Corrección de errores. Real Decreto 290/2004. 20-2-2004. Regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

— Corrección de errores. Real Decreto 335/2004. 27-2-2004. Modifica el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22-12-1995, y el Real Decreto 2930/1979, de 29-12-1979, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

— Corrección de erratas. Convenio entre el Reino de España y la República de Turquía para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 5-7-2002.

— Corrección de erratas. Convenio entre el Reino de España y la República de Lituania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 22-7-2003.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 1001/2004. 31-3-2004. Declara municipios singulares a los efectos del Real Decreto 1/2002, de 11-1-2002, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 285/2004. 20-2-2004. Regula las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior.

— Real Decreto 362/2004. 5-3-2004. Establece la ordenación general de la formación profesional específica.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 369/2004. 5-3-2004. Modifica el Real Decreto 1330/2000, de 7-7-2000, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del M.H., y el Real Decreto 1371/2000, de 19-7-2000, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del M.E.

— Real Decreto 562/2004. 19-4-2004. Aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

— Resolución 26-11-2003. Red.es, sobre el pago telemático de la tasa por la asignación del recurso limitado de nombres de dominio al amparo de lo dispuesto en la Orden HAC/729/2003, 28-3-2003.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 17-12-2003. Fija la doctrina legal en relación con los artículos 12.2 de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 10.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4-8-1993.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 85/2004. 2-3-2004. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoraciones.

— Decreto 103/2004. 16-3-2004. Atribución de competencias sancionadoras en materia de consumo.

— Orden 8-3-2004. Determina la no aplicación, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, del porcentaje de viviendas de un dormitorio establecido en la Orden Ministerial de 21-2-1981.

— Acuerdo 9-3-2004. Aprueba el Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de Sierra Nevada.

ASTURIAS

— Decreto 11/2004. 12-2-2004. Establece el límite de la superficie de los montes a los efectos del derecho de adquisición preferente por la Comunidad Autónoma.

ARAGÓN

— Decreto 25/2004. 10-2-2004. Modificación Decreto 276/1995, de 19-12-1995, por el que se regulan las competencias en materia de fundaciones y se crea el Registro de Fundaciones.

— Decreto 37/2004. 24-2-2004. Aprueba la estructura orgánica del Departamento de Medio Ambiente.

— Orden 19-2-2004. Regula el procedimiento para la adquisición de bienes homologados de carácter interdepartamental.

BALEARES

— Decreto 21/2004. 19-3-2004. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2004 a efectos de plazos administrativos.

— Orden 20-2-2004. Regula las condiciones y el procedimiento para la transmisión telemática de documentos públicos.

— Corrección de errores. Resolución 29-12-2003. Publica la actualización de las bases, tipos de gravamen y cuotas tributarias de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2004.

CANARIAS

— Decreto 20/2004. 2-3-2004. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial.

CASTILLA-LA MANCHA

— Orden de 13-2-2004. Aprueba el modelo de declaración informativa de los Notarios a efectos tributarios y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

— Corrección de errores. Decreto 13/2004. 17-2-2004. Modifica el Decreto 91/2003, 3-6-2003, de desarrollo del TR de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones y ayudas públicas.

CASTILLA Y LEÓN

— Orden 212/2004. 19-2-2004. Modifica la Orden 1100/2003, 28-8-2003, por la que se desarrolla la Estructura Orgánica de los Servicios Centrales de la Consejería de Medio Ambiente.

— Corrección de errores. Decreto 22/2004. 29-1-2004. Aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

EXTREMADURA

— Ley 1/2004. 19-2-2004. Creación de la Empresa Pública «Gestión de Infraestructuras, Suelo y Vivienda en Extremadura».

— Resolución 12-3-2004. Actualiza la relación de oficinas de registro de documentos propias y concertadas de la Junta de Extremadura.

LA RIOJA

— Decreto 17/2004. 27-2-2004. Aprueba el Reglamento de Caza de La Rioja.

MADRID

— Corrección de errores. Orden 16-3-2004. Establecen los precios máximos de venta de las viviendas protegidas.

NAVARRA

— Decreto Foral 16/2004. 26-1-2004. Aprueba el Reglamento del IS y D.
— Decreto Foral 98/2004. 23-2-2004. Fija el tipo de interés efectivo aplicable a los préstamos cualificados para actuaciones protegibles de vivienda acogidos a los Acuerdos de Colaboración con entidades financieras de 1994.

— Orden Foral 27/2004. 30-1-2004. Desarrolla para el año 2004 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Orden Foral 36/2004. 10-2-2004. Aprueba el modelo 030 de comunicación de cambio de domicilio o de variación de datos personales o familiares que pueden utilizar las personas físicas, así como las personas jurídicas para comunicar su cambio de domicilio fiscal, se determinan el lugar y la forma de presentación del mismo y se establece el procedimiento para la presentación telemática.

— Orden Foral 39/2004. 13-2-2004. Determina el lugar de presentación de los documentos y declaraciones sometidos al régimen de declaración del IS y D.

— Corrección de errores. Decreto Foral 707/2003. 22-12-2003. Modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita aplicable en la Comunidad Foral de Navarra.

PAÍS VASCO

— Ley 1/2004. 25-2-2004. Ordenación de los Cuerpos y Escalas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos.

— Ley 2/2004. 25-2-2004. Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

— Ley 4/2004. 18-3-2004. Transporte de Viajeros por Carretera.

— Decreto 21/2004. 3-2-2004. Reglamento del Registro de Profesiones Tituladas, los Colegios Profesionales y los Consejos Profesionales.

— N.F. 20/2003. 15-12-2003. Régimen fiscal de las parejas de hecho.

— Orden 8-1-2004. Regulan los ficheros automatizados con datos de carácter personal gestionados por el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social y el Organismo Autónomo adscrito al mismo.

— Corrección de errores. Decreto 290/2003. 25-11-2003. Modifica el Decreto sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.

VALENCIA

— Orden 13-2-2004. Aprueba el modelo informatizado «N01. Índices notariales, declaración informativa a efectos tributarios», y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA OCCIDENTAL

Los días 18 al 22 de octubre de 2004, se celebrará el XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA en Sevilla y Huelva, organizado por el Departamento de Derecho Civil de la UNED y el Instituto de Desarrollo y Análisis de Derecho de Familia en España (IDADFE), en colaboración con las Universidades de Sevilla, Carlos III de Madrid, Huelva, Internacional de Andalucía y Pablo de Olavide.

Presidencia de Honor: S. M. EL REY DON JUAN CARLOS.

Presidente del Comité Científico: Profesor Doctor DIEGO ESPÍN CÁNOVAS.

Presidente del Comité Científico: Profesor Doctor CARLOS LASARTE ÁLVAREZ.

Programa provisional (mayo 2004)Sección 1.^a:

— «La familia como institución central de la vivencia humana: Historia, Sociología, Psicología, Política y Derecho».

Presidencia: Profesor Doctor JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA y Profesora Doctora OLGA MESA CASTILLO.

Relatoría: Doctor VÍCTOR AMAYA RICO y M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ.

1. *Cambio social, transformación de la familia y divergencias del modelo tradicional.*
2. *Visión constitucional del Derecho de familia.*
3. *Políticas sociales, población y desarrollo sostenibles.*
4. *La pareja y núcleos familiares contemporáneos.*
5. *Roles sociales. Las relaciones familiares entre padres e hijos y abuelos: obediencia, respeto y dependencia.*

6. *Familia y demografía.*
7. *Fundamentos históricos de la familia.*

Sección 2.ª:

- «Matrimonio y crisis matrimoniales: celebración y efectos personales del matrimonio; nulidad, separación y divorcio; mediación».

Presidencia: Profesor Doctor DIEGO ESPÍN CANOVAS, Profesor Doctor JOSÉ ERNESTO CRIOLLO y Profesor Doctor JOSÉ MARÍA CONTRERAS MAZARÍO.

Relatoría: Doctor CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE y VERÓNICA DEL CARPIO FIESTAS.

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.*

Sección 3.ª:

- «Las uniones de hecho o la convivencia extramatrimonial: modelos alternativos de grupos familiares».

Presidencia: Profesora Doctora LOURDES WILLS RIVERA y Profesor Doctor CARLOS LASARTE ÁLVAREZ.

Relatoría: Doctora JUANA RUIZ JIMÉNEZ y ARACELI DONADO VARA.

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.*

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 y Doctora FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO.

1. *Disposiciones generales de los regímenes patrimoniales del matrimonio: el denominado «régimen matrimonial 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.*

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.

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.*

Sección 6.^a:

- «La protección del menor, de la tercera edad y las instituciones tutelares: tutela, acogimiento residencial y familiar; la guarda de hecho».

Presidencia: Profesora Doctora IVETTE COLL DE PESTAÑA.

Relatoría: Doctora LOURDES TEJEDOR MUÑOZ y Doctora ROSA ADELA LEON-SEGUI GUILLOT.

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.*

Sección 7.^a:

- «La familia y la herencia: distintos aspectos sucesorios y relaciones familiares».

Presidencia: Profesor Doctor HÉCTOR ROBERTO GOYENA COPELLO y Profesor Doctor ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS.

Relatoría: Doctora CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ y LOURDES TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA.

1. *Sistemas hereditarios: posibilidades de distribución de los bienes.*
2. *El testamento y los pactos sucesorios.*
3. *La sucesión intestada y la protección de la familia.*
4. *La sucesión forzosa: libertad de testar frente a sistemas de legítimas.*
5. *La capacidad para suceder mortis causa.*
6. *La sucesión contractual.*
7. *La protección de los familiares en la partición de la herencia.*

Sección 8.^a:

— «La familia ante el derecho tributario».

Presidencia: Profesor Doctor JAVIER LASARTE ÁLVAREZ.

Relatoría: Doctora MÓNICA ARRIBAS LEÓN y ROCÍO LASARTE LÓPEZ.

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.*

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.

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.*

Sección 10.ª:

— «La vivencia familiar en el ámbito internacional: problemática de derecho internacional privado».

Presidencia: Profesora Doctora CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ y Profesor Doctor ALFONSO CALVO CARAVACA.

Relatoría: Doctora MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, Doctora TERESA MARCOS MARTÍN y FERNANDO GAYO WALDBERG.

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.*

ARAGÓN

El día 2 de marzo de 2004, se celebró el TERCER CICLO DE CONFERENCIAS *NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO DE FAMILIA*, organizado por la Facultad de Derecho, con la participación de la Directora del Centro de Estudios Registrales de Aragón sobre *La viudedad en Aragón*.

El día 9 de marzo de 2004, se celebró una JORNADA TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMACIÓN SOBRE *EL CONTENIDO DE LA LEY 40/2003, DE PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS NUMEROSAS*, organizada por el Gobierno de Aragón.

Los días 1 al 4 de abril, se celebró en Zaragoza el PRIMER SALÓN INMOBILIARIO DE ARAGÓN. Entre otras conferencias cabe destacar:

- «El sector inmobiliario y la nueva Ley de Firma Electrónica», por SANTIAGO BASELGA (tb-solutions).
- «La tramitación de documentos públicos y privados en el sector inmobiliario, utilizando métodos electrónicos», por ARJAN SUNDARDAS (SCR, S. L.).
- «Las centrales de reserva de turismo y la firma electrónica», por JESÚS MARCO y CELSO JUBERÍAS.

Los días 1 y 2 de abril tuvo lugar el CURSO *FUENTES, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS*, organizado por la Institución Fernando el Católico, en el que la Decana participó en la Mesa Redonda: *El Derecho aragonés en los despachos profesionales: Abogados, Notarios y Registradores*.

CATALUÑA

Los días 17 de marzo, 14 de abril, 5 y 19 de mayo y 2 de junio, se celebró en la Facultad de Derecho de Barcelona, un CICLO DE CONFERENCIAS SOBRE *DERECHO DE FAMILIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD*,

organizadas por el Centro de Investigación y Desarrollo del Derecho Registral, Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM) en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad de España y la Universidad de Barcelona.

Coordinador: Don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad; Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Acto inaugural: Profesor Doctor don DIEGO ESPÍN CANOVAS, Catedrático de Derecho Civil; Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. «*Evolución del Derecho de Familia y su repercusión en el Derecho de la Propiedad*».

PONENCIAS:

- «La publicidad del régimen económico-matrimonial. Relaciones entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad. El embargo de los bienes conyugales».

Ponente: Don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad de Sevilla; Notario; Abogado del Estado excedente.

Contraponente: Don JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, Registrador de la Propiedad de Sitges; Notario excedente.

- «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución».

Ponente: Don FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO, Registrador de la Propiedad de Sabadell.

Contraponente: Don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Registrador de la Propiedad de Madrid; Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- «La prueba del estado civil ante el Registro de la Propiedad».

Ponente: Don CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, Registrador de la Propiedad de Oviedo.

Contraponente: Don JESÚS MURO VILLALÓN, Registrador de la Propiedad de Sant Boi de Llobregat.

- «La Protección Registral de los menores e incapacitados. Especial referencia a la Ley de Protección Patrimonial de los Discapacitados».

Ponente: Señor don JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propiedad de Barcelona; Subdirector del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña.

Contraponente: Doña ANA CABALLUD HERNADO, Subdirectora General de Nacionalidad y Estado Civil del Ministerio de Justicia.

- «Esbozo de una teoría general sobre los principios registrales del Registro Civil. La función calificadora».

Ponente: Don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad de Barcelona. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Contraponente: FERNANDO ALBERDI VECINO, Magistrado encargado del Registro Civil.

MADRID

El día 29 de marzo de 2004, se celebró en el Palacio de Parcent, Ministerio de Justicia, una JORNADA SOBRE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

Inauguración: Don ARTURO GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, Director del Servicio Jurídico del Estado y don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente.

Coordinador: Don CARLOS COLOMER FERRANDIZ, Vocal del TEAR de Valencia; Inspector de Hacienda del Estado.

Conferencia: *La Ley General Tributaria*, por don JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Barcelona; Presidente del Consejo para la Defensa del Contribuyente.

PONENCIAS:

- «Tribunales económico-administrativos y seguridad jurídica», por EDUARDO ABRIL ABADÍN, Inspector de Hacienda del Estado; Presidente del Tribunal Económico-Administrativo Central.
- «La potestad sancionadora de la Administración», por JUAN BAUTISTA MARTÍN QUERALT, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Valencia.
- «Los procedimientos de gestión tributaria», por ALBERTO MONREAL LACERAS, Inspector de Hacienda del Estado; Director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
- «La responsabilidad tributaria», por ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Autónoma de Madrid; ex Presidente del Tribunal Constitucional.
- «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito tributario», por PASCUAL SALA SÁNCHEZ, Magistrado del Tribunal Supremo; ex Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
- «Las garantías de la deuda tributaria y su ejecución», por JESÚS CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad de Granada.

- «El sistema de garantías del contribuyente en la Nueva Ley General Tributaria», por JOSÉ ANTONIO MORILLO-VELARDE DEL PESO, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Justicia.
- «El Consejo de Defensa del Contribuyente en la Nueva Ley General Tributaria», por JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ DELGADO, Abogado del Estado-Jefe en la Secretaría de Estado de Hacienda; Secretario del Consejo para la Defensa del Contribuyente.

Los días 19 y 20 de abril de 2004, se celebraron unas JORNADAS SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

Inauguración: Don CELESTINO PARDO NÚÑEZ, Director del Centro de Estudios.

Coordinador: Don FRANCISCO JOSÉ BASTIDA FREJEDO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

Conferencia: *Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Civil*, por don FRANCISCO RUBIO LLORENTE, Magistrado emérito del TC; Catedrático de Derecho Constitucional jubilado.

SEMINARIO PRIMERO:

Constitución y propiedad.

Coordinador: FRANCISCO J. BASTIDA FREJEDO.

PONENCIAS:

- «La perspectiva constitucional de la propiedad», por LUIS MARÍA DÍEZ PICAZO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga; Profesor en el Instituto de Empresa.
- «Constitución, propiedad y organización territorial del Estado», por PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Magistrado del Tribunal Supremo; Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba en excedencia.
- «El derecho fundamental a la propiedad privada: delimitación y límites», por FERNANDO REY MARTÍNEZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.
- «Problemas constitucionales del Registro de la Propiedad», por FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia; Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

- «La responsabilidad patrimonial del Legislador», por JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
- «El Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por PEDRO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARGUÍN, Abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional.

SEMINARIO SEGUNDO:

La propiedad en otros derechos constitucionales.

Coordinador: FRANCISCO J. BASTIDA FREJEDO.

PONENCIAS:

- «La Constitución y la propiedad de la imagen y de la obra artística y literaria», por JAVIER PARDO FALCÓN, Letrado del Parlamento de Andalucía; ex Letrado del Tribunal Constitucional.
- «La propiedad y las libertades informativas», por FRANCISCO J. BASTIDA FREJEDO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo; Presidente de la Fundación Opinión Pública Libre.
- «Derecho de propiedad y perspectiva constitucional de la protección del medio ambiente», por GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén; miembro del Consejo Andaluz para el Desarrollo Sostenible de Andalucía.
- «La propiedad de las bases de datos y las bases de datos sobre la propiedad», por IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo; ex Letrado del Tribunal Constitucional.
- «La función social del Derecho de Propiedad», por IGNACIO PEREÑA PINEDO, Abogado del Estado del Gabinete de Estudios de la Abogacía General del Estado.

Los días 3 y 4 de mayo de 2004, se celebraron unas JORNADAS SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

Inauguración: Don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente.

Coordinador: Don JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

Conferencia: Don JOSÉ MANUEL PÉREZ PRENDES, Catedrático de Historia del Derecho de la UCM.

SEMINARIO PRIMERO:

La propiedad en la historia del Derecho público.

Coordinador: Don JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA.

PONENCIAS:

- «Propiedad y sufragio en la historia constitucional española (1810-1890)», por don JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA.
- «La propiedad como derecho subjetivo y como garantía institucional en la historia constitucional española (1808-1931)», por IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Oviedo.
- «La protección penal de la propiedad en la historia del Derecho español. Siglos XIX y XX», por AGUSTÍN JORGE BARREIRO, Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid.

SEMINARIO SEGUNDO:

La propiedad en la historia del Derecho privado.

Coordinador: Don JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA.

PONENCIAS:

- «Propiedad individual y propiedad colectiva en la España del último tercio del siglo XIX», por CARLOS PETIT CALVO, Catedrático de Historia de Historia del Derecho, Universidad de Huelva.
- «Dominio dividido y propiedad burguesa en la codificación civil española», por CLARA ÁLVAREZ ALONSO, Profesora Titular de Historia del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.
- «El Registro de la Propiedad: el último de los mecanismos de protección de la propiedad liberal (1812-1889)», por MARGARITA SERNA, Profesora Titular de Historia del Derecho. Universidad de Cantabria.
- «La pérdida de la propiedad por los actos del Estado y disposición de la Ley», por IVÁN GAYARRE CONDE, Abogado del Estado en Huelva.

Los días 24 y 25 de mayo de 2004, se celebraron unas JORNADAS SOBRE DERECHO CIVIL, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

Inauguración: Don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente.

Coordinador: Don VICENTE GUILARTE, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

Conferencia: *El derecho de propiedad privada: entre el Código Civil y la Constitución*, por don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Magistrado del Tribunal Constitucional.

SEMINARIO PRIMERO:

- «Propiedad ganancial: la caducidad de un modelo», por don VICENTE GUILARTE.
- «La libertad del dominio», por don FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Carlos III.
- «Aspecto patrimonial de las uniones de hecho; relación con el Registro de la Propiedad», por doña M.^a DEL MAR SEBASTIÁN MERINO, Abogada del Estado-Jefe ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- «La propiedad de los bienes inmuebles», por don JOSÉ RAMÓN FERRANDIS, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «El derecho constitucional de acceso a la vivienda: la adquisición y transmisión de las viviendas de protección pública», por don ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago.
- «El derecho de propiedad en la sociedad de la Información», por don MARIO E. CLEMENTE MEORO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

SEMINARIO SEGUNDO:

- «Las vinculaciones y el interés general: fundaciones y cláusulas de reversión», por don JORGE CAFFARENA LAPORTA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Carlos III.
- «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas», por don ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.
- «Estatuto dominical de la Propiedad Horizontal», por don FRANCISCO CAPILLA RONCERO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
- «La propiedad desde el punto de vista del Derecho Civil: limitaciones del Derecho de Propiedad», por don RICARDO MIÑARRO MONTOYA, Abogado del Estado-Jefe ante el Tribunal Supremo.

- «Defensa del derecho de la propiedad tras la Constitución. La Cosa Juzgada como última garantía», por don ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ, Portavoz del Consejo General del Poder Judicial.
- «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», por JAVIER PARDO, Magistrado de Primera Instancia número 1 de Valladolid.

Los días 2 y 3 de junio de 2004, se celebraron unas JORNADAS SOBRE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

Inauguración: Don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente.

Coordinador: Don CARLOS COLOMER FERRÁNDIZ, Vocal del TEAR de Valencia; Inspector de Hacienda del Estado.

Conferencia: *Los Reglamentos de desarrollo de la Ley General Tributaria*, por don JOSÉ MANUEL DE BUNES IBARRA, Director General de Tributos.

PONENCIAS:

- «Las garantías de la deuda tributaria y su ejecución», por don JESÚS CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad de Granada.
- «El nuevo régimen de infracciones y sanciones en la Ley General Tributaria», por don CARLOS CERVANTES, Inspector de Hacienda; Director del Departamento de Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
- «Prescripción y caducidad en la nueva Ley General Tributaria», por don JUAN MANUEL PERULLES, Catedrático de Derecho Financiero de Barcelona.
- «La información tributaria, su captación e intercambio entre Administraciones», por don MAXIMINO LINARES, Abogado del Estado y Director del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria.

Los días 12 a 14 de julio de 2002, se celebra el 1.^{er} ENCUENTRO SOBRE GOBIERNO DEL TERRITORIO: *TERRITORIO, SOSTENIBILIDAD Y GOBERNANZA*, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid en colaboración con el Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente.

Directores:

- Profesor Doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

- Profesor Doctor AGUSTÍN DE ASÍS ROIG, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

Coordinadora:

- Doña CARMEN RUIZ JARAMILLO (Universidad Carlos III de Madrid).

PONENCIAS:

- «Ordenación del Territorio y Medio Ambiente», por la Excm. señora doña CRISTINA NARBONA RUIZ, Ministra de Medio Ambiente.
- «Ordenación y gobierno del territorio», por don LUCIANO PAREJO ALFONSO.
- «Las escalas del territorio», por don JOAQUÍN FARINÓS DASÍ, Profesor Titular del Departamento de Geografía de la Universidad de Valencia.
- «Una política de ordenación territorial para España en el marco de la Unión Europea», por el Ilmo. señor don ANTONIO SERRANO RODRÍGUEZ, Secretario General para el Territorio y la Biodiversidad; Ministerio de Medio Ambiente.
- «Los principios de la ordenación y su eficacia», por don AGUSTÍN DE ASÍS ROIG.
- «Principales referentes del territorio para su ordenación», por don FLORENCIO ZOIDO NARANJO, Catedrático de Análisis Geográfico Regional de la Universidad de Sevilla.
- «Localización económica y gobierno del territorio», por don MARTÍN RAZQUIN LIZÁRRAGA, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra.
- «Los criterios de ordenación en la estrategia territorial europea», por doña TERESA PAREJO NAVAJAS, Profesora Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.
- «Información para la ordenación del territorio: formas, disponibilidad y calidad», por don GUILLERMO MORALES MATOS, Catedrático de Análisis Geográfico Regional de la Universidad Carlos III de Madrid.
- «La ciudad y el territorio», por don JOSÉ MARÍA EZQUIAGA, Profesor Titular de la ETS de Arquitectura de Madrid.

Los días 15 y 16 de julio de 2004, se celebra el CURSO *URBANISMO, SOSTENIBILIDAD Y GOBERNANZA*, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid en colaboración con el Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente.

Directores:

- Profesor Doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Profesor Doctor AGUSTÍN DE ASÍS ROIG, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

Coordinadora:

- Doña CARMEN RUIZ JARAMILLO (Universidad Carlos III de Madrid).

PONENCIAS:

- «Urbanismo y Vivienda», por el Ministerio de la Vivienda.
- «Urbanismo y gobierno local», por don LUCIANO PAREJO ALFONSO.
- «Mercados de suelo y vivienda. Una aproximación estadístico-económica», por don JULIO RODRÍGUEZ LÓPEZ, Titulado del Servicio de Estudios del Banco de España.
- «Evaluación ambiental estratégica de la planificación urbanística», por don JAVIER GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, Arquitecto-Urbanista.
- «Criterios de sostenibilidad en la ordenación urbanística», por don GUILLERMO MORALES MATOS.
- «El gran dilema del urbanismo: gestión de lo público y de lo privado», por don GERARDO ROGER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Profesor de la ETS de Arquitectura de Valencia.
- «¿Hay disciplina en el urbanismo?», por don AGUSTÍN DE ASÍS ROIG.

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA

- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO: *Impuesto municipal sobre incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana*, 1.ª ed., 1990.
- ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: *Reconocimiento de deuda*, 1.ª ed., 1987.
- ALONSO OLEA, MANUEL: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, 1.ª ed., 2001.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO: *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y el concurso*, 1.ª ed., 2004.
- *Enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed., 1993.
- ÁLVAREZ DE MORALES Y RUIZ, ANTONIO: *Historia del Derecho y las instituciones españolas*, 1.ª ed., 2002.
- ÁLVAREZ DE VIGARAY, RAFAEL: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.ª ed., 2003.
- ANDREU MARTÍNEZ, BELÉN: *El acreedor a términos*, 1.ª ed., 2003.
- APARICIO VAQUERO, JUAN PABLO: *La nueva contratación informática*, 1.ª ed., 2002.
- ARIJA SOUTULLO, CARMEN: *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, 1.ª ed., 2000.
- ARINO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L.: *La competencia en sectores regulados*, 2.ª ed., 2003.
- ARINO ORTIZ, GASPAR: *Liberalizaciones 2000*, 1.ª ed., 2001. Ortiz.
- *Precios y tarifas en sectores regulados*, 1.ª ed., 2001.
- ARREDONDO GUTIÉRREZ, JOSÉ MANUEL: *Las infracciones urbanísticas en la legislación de Andalucía*, 1.ª ed., 2003.
- *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, 2.ª ed., 2003.
- ARUFE VARELA, ALBERTO: *Los convenios especiales de beneficiarios con la administración de la Seguridad Social*, 1.ª ed., 2003.
- AYMERICH RENTERÍA, R. y ÁLVAREZ DE VIGARAY, R.: *Rescisión por lesión en Derecho Civil*, 1.ª ed., 1989.
- BAUZA MARTORELL, FELIO JOSÉ: *Procedimiento administrativo electrónico*, 1.ª ed., 2002.
- BELLO JANEIRO, DOMINGO: *El precario. Estudio teórico-práctico*, 2.ª ed., 1999.
- BENTHAM, JEREMÍAS: *Tratado de las pruebas judiciales*, 1.ª ed., 2002.
- BETTI, EMILIO: *Teoría general del negocio jurídico*, 1.ª ed., 2001.
- BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, JOSÉ: *Forma del despido y vicisitudes procesales*, 1.ª ed., 2002.
- *El despido disciplinario y sus causas*, 1.ª ed., 2001.
- BURDESE, A. y WIEACKER, F.: *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, 1.ª ed., 1998.
- CARNELUTTI, FRANCESCO: *Teoría General del Derecho - Metodología del Derecho*, 1.ª ed., 2003.

- CEINOS SUÁREZ, ÁNGELES: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, 1.^a ed., 2000.
- CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL: *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*, 1.^a ed., 1995.
- COSSIO MARTÍNEZ, MANUEL: *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, 1.^a ed., 1994.
- COSTA, JOAQUÍN: *Teoría del hecho jurídico individual y social*, 1.^a ed., 2000.
- COSTAS RODAL, LUCÍA: *Los derechos de aprovechamiento por turno*, 1.^a ed., 2000.
- DE JOUVENEL, BERTRAND: *La soberanía*, 1.^a ed., 2000.
- DE SAVIGNY, F. C.: *Sistema del Derecho romano actual*.
- DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, 1.^a ed., 1996.
- ECHARTE FELIÚ, ANA MARÍA: *La patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, 1.^a ed., 2001.
- ECHERRÍA SUMMERS, FRANCISCO M.: *El estatuto de la propiedad horizontal*, 1.^a ed., 2000.
- ELENA MOLINA, INÉS: *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, 1.^a ed., 1998.
- ENGISCH, KARL: *Introducción al pensamiento jurídico*, 1.^a ed., 2001.
- *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica*, 1.^a ed., 2003.
- ESCUÍN IBÁÑEZ, IRENE: *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, 1.^a ed., 2002.
- ESTEBAN DE LA ROSA, FERNANDO: *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, 1.^a ed., 2003.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO: *Configuración jurídica del salario*, 1.^a ed., 2001.
- FERNÁNDEZ MARÍN, FERNANDO: *Las liquidaciones tributarias*, 1.^a ed., 2000.
- FERRANDO VILLALBA, M.^a DE LOURDES: *Las comisiones bancarias*, 1.^a ed., 2002.
- FERRI, LUIGI: *La autonomía privada*, 1.^a ed., 2001.
- GARCÍA ALGUACIL, MARÍA JOSÉ: *Consolidación y derechos reales en cosa propia*, 1.^a ed., 2002.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO: *Sanciones administrativas*, 2.^a ed., 2004.
- GARCÍA MILÁN, C. y HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, F.: *Las instituciones de Justiniano*, 1.^a ed., 1998.
- GARCÍA SÁNCHEZ, ARMANDO: *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 1.^a ed., 2003.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, IGNACIO: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, 1.^a ed., 2003.
- GEIGER, THEODOR: *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, 1.^a ed., 2002.
- GENY, FRANCISCO: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, 1.^a ed., 2000.
- GIUGNI, GINO: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, 1.^a ed., 2003.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, 1.^a ed., 2000.
- GRIMALT SERVERA, PEDRO: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, 1.^a ed., 1999.
- GUARINO, ANTONIO: *Sobre la credibilidad de la ciencia romanística moderna*, 1.^a ed., 1998.
- GURVITZ, GEORGES: *Elementos de sociología jurídica*, 1.^a ed., 2001.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, MANUEL ENRIQUE: *La Ley de Ordenación de la Edificación vista por un arquitecto técnico*, 1.^a ed., 2001.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, PILAR: *La novación extintiva por cambio de objeto*, 1.^a ed., 1999.

- HABERLE, PETER: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, 1.^a ed., 2003.
- HAURIOU, MAURICE: *Principios de Derecho público y constitucional*, 1.^a ed., 2003.
- HECK, PHILIPP: *El problema de la creación del Derecho*, 1.^a ed., 1999.
- IHERING, RUDOLF VON: *El fin en el Derecho*, 1.^a ed., 2000.
- *¿Es el Derecho una ciencia?*, 1.^a ed., 2002.
- *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, 1.^a ed., 1998.
- JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, 1.^a ed., 2000.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal alemán. Parte general*, 5.^a ed., 2003.
- JORDANO BAREA, JUAN B.: *El testamento y su interpretación*, 1.^a ed., 1999.
- JUAN Y MATEU, FERNANDO: *La extinción de los contratos bancarios de apertura de crédito*, 1.^a ed., 2002.
- KASER, MAX: *Ius gentium*, 1.^a ed., 2004.
- *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, 1.^a ed., 1998.
- KELSEN, HANS: *Esencia y valor de la democracia*, 1.^a ed., 2002.
- *Teoría general del Estado*, 1.^a ed., 2002.
- KIRCHHEIMER, OTTO: *Justicia política*, 1.^a ed., 2001.
- LAMBREA RUEDA, ANA: *Cooperativas de viviendas*, 1.^a ed., 2001.
- LARENZ, KARL: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, 1.^a ed., 2003.
- LASKI, HAROLD J.: *La gramática política. El Estado moderno*, 1.^a ed., 2003.
- LOCKE, JOHN: *Lecciones sobre la Ley natural*, 1.^a ed., 1999.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L. y HERNÁNDEZ CASTILLA, N.: *Privatizaciones, liberalización y bienestar*, 1.^a ed., 2000.
- LÓPEZ MELENDO, JAIME: *La operación societaria de escisión y su régimen fiscal*, 1.^a ed., 2002.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 1.^a ed., 1996.
- LOURIDO RICO, ANA MARÍA: *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, 1.^a ed., 2002.
- LUQUE TORRES, GRACIA: *Las subastas judiciales*, 1.^a ed., 2000.
- MARCHAL ESCALONA, NURIA: *Garantías procesales y notificación internacional*, 1.^a ed., 2001.
- MARÍN ALONSO, INMACULADA: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública*, 1.^a ed., 1999.
- MARTÍN CONTRERAS, LUIS: *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa*, 1.^a ed., 1999.
- MENGER, ANTON: *El Derecho Civil y los pobres*, 1.^a ed., 1998.
- MILL, JAMES: *Ensayos sobre Derecho y política*, 1.^a ed., 1997.
- MIRANDA CABRERA, ALFONSO: *Manual del promotor inmobiliario*, 6.^a ed., 2003.
- MONCHO LÓPEZ, LUIS: *El valor catastral y los impuestos sobre bienes inmuebles y sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana*, 2.^a ed., 2001.
- MORAL GARCÍA, A. DEL y MORAL MARTÍN, A. DEL: *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal*, 1.^a ed., 2002.
- MOVILLA GARCÍA, M. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, 1.^a ed., 1999.
- NAVARRO PÉREZ, JOSÉ LUIS: *La Ley cambiaria y del cheque*, 1.^a ed., 1991.
- NAWIASKY, HANS: *Teoría general del Derecho*, 1.^a ed., 2002.

- NICOLÁS BERNARD, JOSÉ ALBERTO: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, 1.^a ed., 2002.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO: *El pensamiento burocrático*, 1.^a ed., 2003.
- NOVAL PATO, JORGE: *Las transferencias bancarias indirectas*, 1.^a ed., 2002.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO: *Filiación en España: jurisprudencia y doctrina*, 1.^a ed., 1993.
- ORTELLS RAMOS, M. y CEDEÑO HERNÁN, M.: *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, 1.^a ed., 1997.
- ORTELLS RAMOS, M. y SERRANO HOYO, G.: *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, 1.^a ed., 1997.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL: *El embargo preventivo*, 1.^a ed., 1998.
- ORTIZ LIÑÁN, JOSÉ: *Derechos y garantías del contribuyente ante la utilización por la hacienda pública de sus datos personales*, 1.^a ed., 2003.
- PALOMBELLA, GIANLUIGI: *Constitución y soberanía*, 1.^a ed., 2000.
- PARICIO SERRANO, JAVIER: *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, 2.^a ed., 1999.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C. M. y GÓMEZ BLANCO, M. C.: *Los procesos declarativos ordinarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.^a ed., 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, CARLOS MAURO: *Los procesos especiales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.^a ed., 2001.
- PÉREZ CONESA, CARMEN: *El contrato a favor de tercero*, 1.^a ed., 1999.
- PÉREZ MARÍN, ANTONIO: *Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, 1.^a ed., 2003.
- PÉREZ VALLEJO, A. M.^a y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B.: *El convenio regulador y los procesos matrimoniales*, 1.^a ed., 2001.
- PONS GONZÁLEZ, M. y ARCO TORRES, M. A. DEL: *Régimen jurídico de las servidumbres*, 4.^a ed., 2002.
- POUND, ROSCOE: *Evolución de la libertad*, 1.^a ed., 2003.
- *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, 1.^a ed., 2004.
- QUESADA SEGURA, R. y VILA TIERNO, F.: *El procedimiento de negociación del convenio colectivo*, 1.^a ed., 2002.
- QUINTO ROMERO, JAVIER: *En busca de un mercado competitivo de gas natural en España*, 1.^a ed., 2001.
- RADBRUCH, GUSTAVO: *Filosofía del Derecho*, 1.^a ed., 1999.
- REQUENA LÓPEZ, TOMÁS: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, 1.^a ed., 2001.
- RIBAS ALBA, JOSÉ: *La desheredación injustificada en el Derecho romano*, 1.^a ed., 1998.
- RIPERT, GOERGE: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, 1.^a ed., 2001.
- RIVERA SABATÉS, VIDAL: *El retracto convencional*, 1.^a ed., 2001.
- RIVERA SERRANO, M. G. y ÁLVAREZ CIVANTOS, S.: *Acciones y excepciones en materia de servidumbres*, 1.^a ed., 1999.
- RIVERA SERRANO, MANUEL G.: *Las servidumbres de luces y vistas*, 2.^a ed., 1999.
- *Las servidumbres de medianería*, 1.^a ed., 1999.
- *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, 2.^a ed., 1999.
- ROCHA GARCÍA, ERNESTO DE LA: *Disolución y liquidación de las comunidades de bienes*, 2.^a ed., 2000.
- *Embargos y tercerías*, 4.^a ed., 2002.
- *La herencia y la partición*, 3.^a ed., 2000.
- *La llamada multipropiedad*, 1.^a ed., 1999.

- *La nueva Ley de Propiedad Horizontal*, 1.^a ed., 1999.
- *Los menores de edad en el Derecho español*, 1.^a ed., 2000.
- *Procesos y medidas cautelares*, 1.^a ed., 1999.
- *Régimen documental de las sociedades mercantiles, civiles y comunidades de bienes*, 1.^a ed., 1999.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C.: *El nuevo Derecho de extranjería*, 1.^a ed., 2001.
- RODRÍGUEZ GUERRA, JORGE: *Capitalismo flexible y estado del bienestar*, 1.^a ed., 2002.
- RODRÍGUEZ OLVERA, ÓSCAR: *Teoría de los derechos sociales en la Constitución*, 1.^a ed., 1998.
- ROMANO, SANTI: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, 1.^a ed., 2003.
- ROSS, ALF: *Lógica de las normas*, 1.^a ed., 2000.
- ROVIRA DEL CANTO, ENRIQUE: *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, 1.^a ed., 2002.
- RUBIO GARRIDO, TOMÁS: *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza*, 1.^a ed., 2002.
- SANCHES DE LA PARRA Y SEPTIEN, PEDRO F.: *Las cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso y social*, 1.^a ed., 1996.
- SÁNCHEZ GALIANA, JOSÉ ANTONIO: *Estudios sobre fiscalidad inmobiliaria y doble imposición interna*, 1.^a ed., 2000.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.^a ÁNGELES: *La doble imposición internacional en materia de sucesiones y donaciones*, 1.^a ed., 1991.
- SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL: *Hacia un servicio público europeo*, 1.^a ed., 2003.
- SERRANO MORENO, JOSÉ LUIS: *Ecología y Derecho. 1. Principios de Derecho ambiental y ecología jurídica*, 2.^a ed., 1995.
- SIMMEL, GEORG: *Filosofía del Derecho*, 1.^a ed., 2003.
- SMITH, ADAM: *Lecciones sobre jurisprudencia*, 1.^a ed., 1995.
- SOTO NAVARRO, SUSANA: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 1.^a ed., 2003.
- TARRELLO, GIOVANNI: *Cultura jurídica y política del Derecho*, 1.^a ed., 2003.
- TORRES LÓPEZ, J. y MONTERO SOLER, A.: *La economía del delito y de las penas*, 1.^a ed., 1998.
- TORRES LÓPEZ, MARÍA ASUNCIÓN: *Extensión y límites de la jurisdicción contenciosa en el urbanismo*, 1.^a ed., 2001.
- TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL: *Los procedimientos administrativos de reconocimiento y revisión de las prestaciones de la Seguridad Social*, 1.^a ed., 2001.
- VV.AA.: *Derecho de huelga y conflictos colectivos*, 1.^a ed., 2002.
- *El Impuesto sobre el valor añadido*, 1.^a ed., 2001.
- *Las falsedades documentales*, 1.^a ed., 1994.
- *Títulos-valores: letra, pagaré y cheque*, 1.^a ed., 1993.
- VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS: *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, 1.^a ed., 2002.
- WEBER, MAX: *Sociología del Derecho*, 1.^a ed., 2001.
- WIEACKER, FRANZ: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, 1.^a ed., 2000.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

LÓPEZ MEDEL, JESÚS: *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*. Editorial Dykinson, 3.^a edición ampliada, Madrid, 2003. Un tomo de 287 págs.

JESÚS LÓPEZ MEDEL es al mismo tiempo jurista y filósofo. Basta conversar con él para comprobar que tan interesado está por el mundo del Derecho y de la justicia, como en la averiguación del sentido y razón de ser del hombre.

Esta doble proyección, en absoluto contradictoria sino verdadera y enriquecedora, se manifiesta en la amplia obra de LÓPEZ MEDEL. Setenta y dos publicaciones de Filosofía y Ciencia Jurídica abordan temas tan diversos como la familia, la convivencia, el Derecho como forma dinámica de vida social, la educación o la legitimidad del Estado social del Derecho; analiza el pensamiento jurídico de filósofos del Derecho, como LEGAZ LACAMBRA; o instituciones jurídicas más concretas, especialmente en el ámbito del Registro de la Propiedad. No cabe olvidar, en efecto, que también LÓPEZ MEDEL, como Registrador, ha realizado una muy importante aportación al conocimiento del Derecho Hipotecario, especialmente en relación al análisis de la naturaleza del procedimiento registral.

Es, al mismo tiempo, autor de otras cuarenta y dos publicaciones más sobre filosofía y política de la educación, lo que demuestra la gran capacidad intelectual del autor.

El interés de LÓPEZ MEDEL por la vida y obra de ORTEGA Y GASSET era consecuencia lógica de su actitud intelectual en la vida, pero también por esa característica que converge en ambos autores: el interés por el estudio del Derecho desde la filosofía.

La obra *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico* constituye el tercer acercamiento del autor a la obra del insigne filósofo, desde el análisis de la contribución de éste al entendimiento del Derecho. Comenzó con el libro *Ortega y el pensamiento jurídico contemporáneo* (1963), continuó con su artículo *Ortega y sus aportaciones al mundo jurídico* (en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, en 1984) y culmina en este libro, que viene a ser la tercera edición de la de 1963, ampliada y completada con estudios sobre otros filósofos del Derecho como LEGAZ LACAMBRA, RECASENS, MUÑOZ ALONSO, ELÍAS DE TEJADA, MARIANO PUIGDOLLERS, HERSCH, HEIDEGGER, JULIÁN MARIAS, GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA, NOCE y LAÍN ENTRALGO.

LÓPEZ MEDEL destaca de ORTEGA la pedagogía social de lo jurídico, que está en él latente como en todo gran filósofo y que no limita sino que engrandece su metafísica por la vida, así como la conciencia del sentimiento de lo jurídico, como aprehensión intelectual y humana.

La obra *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico* recopila y sistematiza numerosos textos de ORTEGA sobre el Derecho, en particular sobre el individuo («cada individuo es un punto de vista esencial»); el Estado («cabría decir que un Estado es perfecto cuando, concediéndose a sí mismo el mínimo de ventajas imprescindibles, contribuye a aumentar la vitalidad de sus individuos»; «el Estado es ante todo productor de seguridad»...); la Política («Política es tener una idea clara de lo que se debe hacer desde el Estado en una nación»), tanto en los momentos de crisis de la sociedad actual como en una proyección histórica.

En este sentido, la obra destaca el interés de ORTEGA por el Derecho romano, por la vivencia que el ciudadano romano tenía de su ordenamiento jurí-

dico, al que veía como algo inmutable. Y critica las posiciones que propugnan la destrucción del Derecho como supracategoría, puesto que jamás la humanidad ha podido vivir sin Derecho («*la destrucción universal del Derecho clama al cielo. A fuerza de hablar de justicia, se ha aniquilado el ius, el Derecho, porque no se ha respetado su esencia, que es la inexorabilidad y la invariabilidad. El reformismo del Derecho, al hacerlo inestable, mudadizo, lo ha estrangulado. Para el romano no había más justicia que la del juez, la justicia intrajurídica: por eso dice que lo justo es justo, porque es Derecho*»). ORTEGA busca por tanto el Derecho en lo inmutable, en lo permanente, en definitiva en el Derecho natural. De ahí su gran influencia en autores cristianos como LEGAZ, RECASENS, ELÍAS DE TEJADA y tantos otros. Se puede decir así que ORTEGA no fue Filósofo del Derecho, pero que tuvo gran influencia en quienes sí fueron especialistas en la materia.

Desde su perspectiva del valor esencial del hombre (cada hombre es un punto de vista esencial) y su feroz crítica al hombre-masa que carece de moral (que es siempre conciencia de servicio y obligación), apuesta por la libertad del hombre, pero no como suma de libertades sino como ser libre: «*mi tesis es ésta, no existe ninguna libertad concreta que las circunstancias no puedan hacer algún día imposible, pero la anulación de una libertad por causas materiales no nos mueve a sentirnos coartados en nuestra libre condición*».

Todos estos aspectos son analizados por LÓPEZ MEDEL en esta obra de indispensable lectura para el acercamiento a uno de los filósofos más importantes no sólo del pensamiento español, sino del pensamiento universal.

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Consejero-Secretario de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

VAQUER ALOY, ANTONI: *La interpretación del testamento*, ed. Cálamo, Barcelona, 2003, 130 págs.

1. Sin duda, una de las tareas más difíciles que se presentan en el campo del Derecho de Sucesiones es la interpretación del testamento. Saber exactamente o aproximadamente qué es lo que una persona quiso reflejar en su testamento, su voluntad testamentaria, es una tarea compleja y que no siempre se lleva a cabo de la mejor manera posible ni de la forma deseable por los beneficiarios de ese documento. Y es que para dar cumplimiento a esa voluntad del causante, y una vez que éste fallece, lo único que nos queda son las palabras escritas allí, aparte de los medios extratestamentarios a los que se pueda acudir.

Con esta obra, ANTONI VÁQUER ALOY nos da una visión de los problemas más importantes que se plantean en este campo, así como la manera en que debe llevarse a cabo ese proceso hermenéutico.

2. Respecto a la estructura de la obra, consta de ocho capítulos, que son los siguientes: *Introducción* (págs. 11 a 14), *La regulación de la interpretación del testamento en los Derechos civiles españoles* (págs. 15 a 18), *El objeto de la interpretación* (págs. 19 a 30), *El criterio de la interpretación del testamento* (págs. 31 a 60), *Los medios interpretativos* (págs. 61 a 83), *La integración del testamento* (págs. 85 a 96), *El límite de la interpretación del testamento* (págs. 97 a 103), *La legitimación para interpretar el testamento* (págs. 105 a 115).

3. Cabe ahora entrar en el fondo de cada uno de estos capítulos. Como se ha dicho, el primero de ellos es una pequeña introducción, y ya desde el principio nos señala que la interpretación del testamento consiste en indagar cuál fue la verdadera voluntad del causante. Aquí se exponen dos ejemplos de la práctica jurídica inglesa para demostrarnos la dificultad de este campo y advertirnos de las dos aproximaciones teóricas que existen: 1) la aproximación literalista, donde se otorga valor a las palabras utilizadas por el causante al expresar su voluntad; 2) la aproximación subjetivista, donde se busca esa verdadera voluntad, independientemente de las palabras usadas, pero tomándolas como puntos de referencia y como medio a la vez para la interpretación. Finalmente, el autor indica que este trabajo toma como base el derecho sucesorio catalán (especialmente la Llei 40/1991, Codi de Successions per causa de mort en el pret civil de Catalunya, y la Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte), aunque también existen referencias al Código Civil español.

4. El siguiente capítulo está dedicado a las normas que regulan la interpretación del testamento en los distintos ordenamientos civiles españoles. Comienza por el artículo 110 CS (Codi de Successions), que establece básicamente dos cosas: *a*) que el proceso hermenéutico tiene por finalidad la búsqueda de la verdadera voluntad del causante, a la que habrá que atender plenamente; *b*) acoge el subjetivismo o voluntarismo como criterio básico para la interpretación, según el cual el significado literal de las palabras utilizadas por el causante no se impone, a menos que se corresponda con su verdadera voluntad. La voluntad del testador es ley en la sucesión.

El artículo 675 del Código Civil, sin embargo, parte de otro criterio, que es el literalista. Habrá que estar a la literalidad de la expresión de voluntad testamentaria, a menos que se vea claramente que fue otra la voluntad del testador. El otro precepto a que se hace referencia es el 101.1 LS (Ley de Sucesiones), que es bastante similar al anterior artículo del Código Civil; VAQUER ALOY dice que este precepto de la LS no es coherente con otro, el 90.1 del mismo texto legal, pues este último parece decantarse por el criterio subjetivista y no el literalista. En conclusión, estos artículos expresan que la voluntad no tiene la misma intensidad en esos cuerpos legales, pero en todos ellos la *ratio* es la misma: prevalecerá la verdadera intención del testador sobre la literalidad de sus palabras.

Otros ordenamientos civiles españoles no tienen preceptos generales sobre el proceso hermenéutico testamentario, por lo que resultará de aplicación supletoria el 675 del Código Civil a los derechos civiles gallego, navarro, vasco y balear.

5. En el capítulo tercero se estudia el objeto de la interpretación, que son las cláusulas o disposiciones testamentarias. La interpretación no va referida al testamento como un negocio global, sino a cada una de sus unidades negociales (la institución de heredero, el legado...). Lo que se interpreta es el contenido de esas cláusulas o disposiciones del testamento (voluntad manifestada). A su vez, la declaración de voluntad testamentaria constituye el presupuesto de la actividad interpretadora (si no hay cláusulas o disposiciones, nada se puede interpretar); es necesaria la existencia de un testamento. Esto excluye de la labor interpretadora expresiones que no manifiesten la verdadera voluntad testamentaria, por ejemplo, por simples ruegos dirigidos a los beneficiarios de la sucesión, por ser esbozos de una voluntad testamentaria no acabada ni definitiva, por faltar los requisitos de forma exigidos en cada ordenamiento jurídico a la hora de expresar esa voluntad... Por tanto, la

declaración de voluntad testamentaria es el presupuesto y el objeto de la labor hermenéutica.

5.1. Por otro lado, no es necesario que esa cláusula o ese testamento sean válidos *ab initio*, precisamente porque la interpretación influye de una manera determinante en la validez, nulidad o eficacia de aquéllos. La interpretación no puede evitar la declaración de nulidad de lo que sea nulo, pues si esa declaración testamentaria adolece de los requisitos de forma que exigen los ordenamientos jurídicos, la interpretación no podrá sanarlo (lo mismo ocurre si esa declaración padeció algún vicio de la voluntad). Sin embargo, la interpretación puede, en algunos supuestos, subsanar la ineficacia del testamento (art. 110 LS); se llega a decir que la interpretación «debe» contribuir a la eficacia de la disposición testamentaria. Antes de anular un testamento, hay que agotar todas las posibilidades que ofrece la labor interpretativa.

5.2. La voluntad del causante se plasma a través de un negocio jurídico con unos caracteres particulares: es un negocio *mortis causa*, formal, personalísimo, esencialmente revocable, por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte. Se trata de una declaración unilateral y no recepticia. Es un negocio que se perfecciona en el momento de la emisión de la declaración de voluntad, siempre que se cumplan los requisitos de forma y capacidad, pero su valor negocial llega tras la muerte del testador. La voluntad real del testador está limitada por los principios de autorresponsabilidad y confianza generada en terceros. Ha de hacerse una interpretación subjetiva orientada a averiguar la verdadera voluntad del testador. La jurisprudencia se ha manifestado a favor de la interpretación subjetiva en relación a las disposiciones de última voluntad.

Una pregunta que surge a este respecto es: ¿cabe aplicar las normas sobre la interpretación de los contratos a la interpretación del testamento? Parece claro que hay que evitar aquellos preceptos que aboguen por el carácter objetivo de la interpretación. Así, se pueden considerar aplicables analógicamente los artículos 1.281 a 1.285 del Código Civil. En opinión del autor, esta pregunta resulta superflua, pues los artículos arriba mencionados (675 CC, 110 CS y 101 LS) contienen ya los criterios necesarios para la interpretación de la declaración de voluntad; lo único procedente e importante aquí es investigar la verdadera voluntad del testador, ello bajo la voluntad declarada. Según él, no hace falta acudir a otros artículos procedentes de los contratos, pues contienen criterios de interpretación distintos a los necesarios para la hermenéutica testamentaria.

6. El cuarto capítulo se refiere al criterio de la interpretación del testamento. La idea principal es que la voluntad o la intención del testador es la herramienta que hay que utilizar para dar sentido y significado a la disposición testamentaria. Las normas interpretativas dan preferencia a la voluntad del testador por encima de las reglas interpretativas.

Existen dos formas de interpretar esa voluntad: 1) adoptar una posición literalista; 2) adaptación una postura intencionalista. La voluntad que se esconde en el testamento debe prevalecer sobre las palabras que la reflejan.

6.1. A continuación, el autor explica este dualismo de enfoques, el literal y el intencionalista, desde el Derecho inglés. Para ello utiliza a dos autores: WIGRAM, defensor del literalismo y limitador del recurso a la prueba testamentaria, y HAWKINS, partidario del intencionalismo. La vertiente literalista supone algunas ventajas: se evita la especulación del intérprete sobre dicha voluntad; que las palabras siempre se interpretan de la misma forma conforme a

su significado literal, lo que da seguridad..., pero esto postergaría la verdadera voluntad del testador en beneficio de la literalidad. En el Derecho inglés hay una clara evolución desde posiciones literalistas a posiciones más subjetivistas.

6.2. Esa evolución, en cambio, no es nueva, sino que ya se remonta al Derecho romano, aunque aquí no existiera una teoría sobre la interpretación del testamento. En los primeros tiempos del Derecho romano había que estar al sentido literal de las fórmulas utilizadas por el testador; fue a partir de la época republicana cuando empezó a prevalecer la voluntad del causante.

En el Derecho castellano y en el Derecho catalán ocurrió lo mismo. Ya en la Ley 5 de Las Partidas se entendió que la voluntad estaba por encima de las palabras utilizadas por el testador.

Esta tensión entre literalismo y subjetivismo se ha ido extendiendo por los países de la Europa continental. En Holanda, VOET parece acoger una posición literalista, pero acepta ampliamente la prueba extrínseca para conocer la verdadera voluntad del causante. En Francia, autores como DONELLO, DOMAT o POTHIER mantienen una posición subjetivista, aunque unos más abierta que otros. En Alemania, el BGB acoge una interpretación subjetivista, si bien anteriormente se apostó por un fuerte literalismo desde el *Codex Maximilianus Bavaricus*.

6.3. En el siguiente apartado, el autor se centra ya en la posición de los derechos civiles españoles, en relación a si sólo hay que interpretar la declaración testamentaria cuando es dudosa o ambigua. JORDANO BAREA indica que el artículo 675 del Código Civil no establece el literalismo como criterio de interpretación. Una lectura rápida de este precepto nos hace pensar que sólo se acudiría a la voluntad del testador cuando exista duda sobre sus expresiones. Pero esto no es así; se impone siempre el averiguar la verdadera voluntad para ver si coincide con la forma como el causante la ha exteriorizado. Dice VAQUER ALOY que el que las palabras del testador sean claras es necesariamente un *posterius*, nunca un *prius*; ha de ser la conclusión a la que llegue el intérprete después de averiguar la verdadera voluntad del testador. Considera que el que las palabras claras no necesiten interpretación es una falacia. La claridad de la expresión no puede ser utilizada como límite a la interpretación.

6.4. Seguidamente, se analizan los distintos grados de certidumbre que puede tener la voluntad del testador. Así, cabe distinguir entre: *a)* una voluntad clara; *b)* una voluntad verosímil o probable; *c)* una voluntad dudosa; *d)* una voluntad ininteligible. La voluntad clara no equivale a «expresa»; será clara no sólo cuando el testador la manifiesta de forma directa y terminante, sino también si así se infiere de su declaración. La voluntad será verosímil o probable cuando no hay certeza absoluta sobre el contenido de esa voluntad.

Una voluntad dudosa se produce cuando existe ambigüedad u oscuridad en alguna cláusula. En estos casos, el legislador propone dos formas de solución. Por un lado, si la duda procede de la existencia de una alternatividad en las interpretaciones posibles, se resuelve mediante una norma de interpretación, que es una norma que establece un criterio para elegir uno de los diversos sentidos posibles de la interpretación. Si la duda procede de la propia voluntad (no se conoce la verdadera intención del testador), se acude a una norma interpretativa, que es una norma que presume una determinada voluntad del causante.

La ininteligibilidad de la voluntad del testador puede referirse a que sea contradictoria o a que sea indescifrable. En estos casos, la cláusula resultará ineficaz, salvo que exista una norma que solucione la contradicción.

6.5. Se plantea ahora una pregunta: ¿cabe tener en cuenta la voluntad posterior del causante?, ¿es relevante la voluntad verdaderamente última del testador? La voluntad que hay que averiguar es la que se encuentra en la declaración, esto es, la voluntad del testador en el momento de la emisión, y no una voluntad posterior, pues ésta no constituye el objeto del proceso hermenéutico y no cumple las exigencias formales. Los cambios en la voluntad del testador que sean posteriores al testamento y que no se hayan incluido mediante las formas testamentarias legalmente establecidas carecen de importancia a efectos interpretativos. Sin embargo, hay casos donde se puede hacer una interpretación acorde con la voluntad declarada por el testador y, a la vez, compatible con su última voluntad; no se trata de dar entrada a una nueva voluntad, sino que es la voluntad que ya se expresó en el momento de realizar el testamento, sólo que se tienen en cuenta hechos posteriores al fallecimiento del testador (arts. 143 a 145 CS y 749 CC).

6.6. Son los criterios de la hermenéutica testamentaria (art. 110 CS): el *favor testamenti*, la *benigna interpretatio* y la consideración como no escritas de las cláusulas contradictorias e ininteligibles, sin que ello afecte a la eficacia del resto del testamento. Todos ellos tienen una vocación común: otorgar la máxima eficacia a la declaración de voluntad testamentaria. El *favor testamenti* es un criterio que tiene que ver con la eficacia negocial del testamento, mientras que la *benigna interpretatio* es un criterio que señala que debe escogerse aquella interpretación que lleve a la mayor eficacia de las cláusulas ambiguas y al mejor cumplimiento de la voluntad y de los fines del causante. El principio del *favor testamenti* no convalida ni sana el testamento que sea nulo por defectos de forma, por falta de capacidad, por vicios en la voluntad o por contenido extralimitado; no impide la aplicación de las normas sobre la nulidad del testamento.

7. El capítulo cinco está dedicado a los medios que se pueden utilizar para interpretar el testamento. No existe una enumeración tasada de medios interpretativos, lo que indica la acogida del criterio subjetivista en la labor hermenéutica. El intérprete puede usar toda una pluralidad de medios y elementos para descubrir esa verdadera voluntad.

7.1. El primer medio es el elemento literal o gramatical. Este elemento es fundamental en la interpretación del testamento. La actividad hermenéutica hay que realizarla sobre la base de las palabras empleadas por el testador y el resultado interpretativo al que se llegue ha de encontrar apoyo en las palabras utilizadas. El intérprete debe empezar su tarea analizando los términos que ha usado el testador para exteriorizar su intención. Esta importancia del elemento gramatical no significa que tenga carácter de primera regla interpretativa ni que tenga prevalencia. Las palabras del testador, tal como se dijo respecto a la voluntad del mismo, pueden ser: claras (en cuyo caso vale el significado literal); ambiguas (en cuyo caso se aplica el criterio de la *benigna interpretatio*); oscuras (cuando existen un sentido mínimo identificable); contradictorias (cuando varias palabras resultan incompatibles por su significado); ininteligibles o indescifrables (impiden conocer la voluntad del causante, por lo que no tendrán eficacia). Como las palabras no siempre son claras, el elemento gramatical no puede tener preferencia absoluta sobre los otros medios.

7.2. El segundo medio es el elemento lógico-sistemático. El testamento no es una serie de cláusulas autónomas e independientes unas de otras, sino que forma una unidad, por lo que se hace indispensable realizar una interpre-

tación conjunta del testamento. El elemento lógico-sistemático permite controlar la congruencia interna del testamento, evitando la contradicción entre las cláusulas, y ayuda en la resolución de ambigüedades y oscuridades.

7.3. El siguiente es el elemento teleológico. Es un elemento muy útil cuando el testador persigue una finalidad mediata mediante las cláusulas testamentarias que ordena, sin perjuicio de la finalidad inmediata de beneficiar a herederos, legatarios... Esta finalidad la puede haber señalado de manera expresa o se puede deducir implícitamente en el contenido de las cláusulas. Este elemento juega un papel importante en relación a la integración del testamento.

7.4. Los anteriores eran medios intrínsecos de interpretación, pero existe también la denominada «prueba extrínseca». Existen muchas dudas acerca de ésta, ya que muchos autores exponen su recelo a aceptarla por el riesgo que puede suponer, al dar más valor a elementos situados fuera del testamento que al propio texto de la declaración. Pero en opinión de VAQUER ALOY, estos miedos están infundados, pues la prueba extrínseca constituye un medio más para averiguar la voluntad real del causante.

Tras explicar la situación respecto a la aceptación o no de este medio, que existe en el *ius commune* europeo y en el Derecho comparado, el autor se centra en el Derecho Sucesorio catalán y en el Código Civil. En cuanto al primero, la doctrina catalana ha aceptado ampliamente la prueba extrínseca en la interpretación testamentaria, sin limitar su contenido y situándola en la misma posición que el resto de medios interpretativos. Respecto al Código Civil, se ha evolucionado hacia una aceptación general del empleo de medios extratestamentarios para llevar a cabo este cometido.

Por otro lado, el resultado al que se llegue mediante la prueba extrínseca debe encontrar reflejo en el texto de la declaración testamentaria, pues de otra forma se estaría vulnerando el carácter formal del acto de última voluntad.

7.5. Todos los medios de interpretación han de aplicarse conjunta y armónicamente, no hay ningún criterio jerárquico que haga prevalecer unos sobre otros. Si el objetivo es descubrir la verdadera intención del causante, se tienen que agotar todas las posibilidades de interpretación acudiendo a todos los medios disponibles. Es más, esta aplicación conjunta y no jerárquica se refiere también a la prueba extrínseca, que se sitúa en un plano de igualdad respecto al resto de medios (no tiene carácter subsidiario).

7.6. El último apartado de este capítulo hace referencia a las normas interpretativas. Éstas no son medios interpretativos, sino que entran en juego cuando se ha agotado el proceso interpretativo de la voluntad del causante sin haberse esclarecido ésta aún, al menos en parte. Estas normas otorgan un determinado significado a las palabras del testador, sin pretender ser voluntad real del causante. Son normas de cierre, finales; señalan la voluntad declarada en un sentido determinado siempre que no se contradiga la voluntad interpretada. Las normas interpretativas indican cómo debe interpretarse esa declaración, ofrecen algún criterio al intérprete. Hay que diferenciarlas de las normas de interpretación, que establecen cuál es el significado que hay que darle a las palabras utilizadas por el testador cuando después de agotar los medios interpretativos, subsisten dudas sobre el alcance de esa declaración.

8. El capítulo 6 está dedicado a la integración del testamento. La doctrina y la jurisprudencia la han aceptado casi unánimemente. El supuesto de hecho de la integración del testamento consiste en una laguna en la declaración del testador (el testador no ha previsto un cambio en las circunstancias que él ha

tenido en cuenta en el momento en que otorgó el testamento y el resultado que se desprende de las cláusulas testamentarias no se corresponde con la finalidad que aquél perseguía). En los supuestos de integración, la voluntad del testador está completa, pero se produce un cambio en las circunstancias que él no pudo prever y que hace que determinados fines que pretendía conseguir el testador no puedan lograrse. Lo que se pretende es descubrir qué medios habría elegido el testador de haber previsto las nuevas circunstancias a las que debe someterse su sucesión.

8.1. La integración supone una adecuación entre los medios establecidos por el testador para alcanzar el fin propuesto y la que se estima que sería la voluntad de aquél. No tenemos una voluntad declarada expresamente en el testamento, sino una voluntad que se deduce de éste, de acuerdo con la finalidad que proponía el causante, lo que algunos llaman «voluntad hipotética». La integración pretende buscar esa voluntad hipotética del causante (cómo habría expresado su voluntad de haber conocido las nuevas circunstancias fácticas distintas de las que él contempló).

La integración ha de hacerse sobre la base de la declaración de voluntad testamentaria. No se crea una voluntad ni se incorpora una voluntad extratestamentaria, sino que adecúa la voluntad existente a las circunstancias imprevistas. Tampoco supone el dar entrada a una voluntad posterior del causante, pues la integración sólo tiene en cuenta la voluntad de éste en el momento de otorgar el testamento (es la voluntad hipotética del causante en el momento del otorgamiento).

8.2. Una de las razones que alega la doctrina para defender la necesidad de integrar el testamento es el tan prolongado espacio de tiempo que puede transcurrir entre su otorgamiento y la apertura de la sucesión. Sin embargo, existe un límite temporal a la alteración de las circunstancias, pues tiene que haber un equilibrio entre la realización de la verdadera voluntad del testador y las exigencias del principio de seguridad jurídica. Se plantean dos límites: *a)* el testamento podrá ser objeto de integración mientras no sea plenamente eficaz; *b)* la caducidad o prescripción de las acciones para posibles reclamaciones de quienes se consideran legitimados a la herencia (el plazo máximo sería el de prescripción de la acción de petición de herencia).

8.3. El último apartado de este capítulo pone de relieve que existen pocos casos de integración del testamento en la jurisprudencia española, aunque ésta en algunos supuestos ha dado soluciones que harían dudar de la aceptación de la integración.

9. El capítulo 7 se refiere a los límites de la interpretación. Ya se dijo que el objeto de la interpretación era la declaración de voluntad testamentaria y que ésta tenía que expresarse mediante alguna de las formas legalmente previstas en el ordenamiento. Para descubrir esa verdadera voluntad, el intérprete no tiene limitación de medios interpretativos, pero el resultado al que llegue debe tener reflejo o apoyo, aunque sea incompleto, en la declaración emitida por el testador; esto supone una regla de protección de la autonomía del causante.

La interpretación investiga esa voluntad real manifestada mediante la declaración, pero no puede alterarla, modificarla, crearla, ni añadir cláusulas nuevas al testamento. La interpretación se hace del testamento y la única voluntad que hay que averiguar es la testamentaria.

En cuanto a los límites de la integración, básicamente la idea es que la integración no puede conducir a la ineficacia del testamento, pues de lo que se

trata es de evitarla. Hay que interpretar e integrar el testamento antes que declarar su nulidad.

10. En el último capítulo, VAQUER ALOY estudia la legitimación para interpretar el testamento, es decir, quiénes están legitimados para esa labor. Se señalan: *a)* el notario (no interpreta, sino que lo que hace es comprender lo que el testador quiere y expresar esa voluntad interna mediante el empleo de términos jurídicos; puede ayudar en la interpretación); *b)* el testador (está legitimado para interpretarlo, pues el testamento es válido desde que se otorga con todos los requisitos legales; no hay que esperar a la muerte del causante para la labor hermenéutica); *c)* el albacea y el contador-partidor (en éste existe un elemento de confianza por parte del testador, pues éste el encarga velar por el cumplimiento de su voluntad; sin embargo, eso no significa que su interpretación prevalezca sobre las demás y que no quepa el recurso a la autoridad judicial); *d)* los sucesores (pueden llegar a un acuerdo sobre darle una determinada interpretación a las cláusulas testamentarias y celebrar un «contrato de interpretación», pero sólo vinculará a los que lo suscriban; la autoridad judicial no está vinculada al mismo en el caso de que alguno de los beneficiarios no lo haya sucrito e inste la declaración de nulidad); *e)* los jueces y tribunales (están limitados por el principio de rogación; la labor interpretativa corresponde a los tribunales de instancia). Cabe, finalmente, que la intervención judicial se sustituya por el recurso al arbitraje.

11. A modo de conclusión y para finalizar con la exposición sobre el contenido del libro, hay que recordar la falta de una regulación precisa en el Código Civil sobre la interpretación del testamento, cosa que no ocurre en ordenamientos jurídicos como el catalán. Una materia tan compleja y tan delicada como ésta requiere de una regulación concisa y directa, para así asegurar el respeto y la efectiva ejecución de la voluntad testamentaria. ANTONI VAQUER ALOY aclara con este libro las cuestiones más importantes, exponiendo con rigor y claridad el régimen de este proceso hermenéutico, no sólo desde el punto de vista teórico, sino también acompañando las explicaciones con ejemplos de la práctica jurídica.

SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA
Universidad Autónoma de Madrid

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Número 49 (Enero-Marzo 2004)

«Del mandato “ordinario” al mandato “de protección”, por ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. PLANTEAMIENTO.—2. PRÓRROGA DEL MANDATO ORDINARIO.—3. RECONOCIMIENTO LEGAL DEL «MANDATO DE PROTECCIÓN».—4. COMPATIBILIDAD DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL CON LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN.—II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO DE LA REFORMA: 1. LOS PRECEDENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 2. ENTRE LA AUTOTUTELA Y EL MANDATO: DIFERENCIAS.—III. EL MANDATO DE PROTECCIÓN: 1. EL «MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION D'INEPTITUDE» EN EL CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC (ARTS. 2.166-2.174): 1.1. *Presentación*. 1.2. *Naturaleza jurídica*. 1.3. *Formalización*. 1.4. *La homologación judicial como requisito de eficacia*. 1.5. *El contenido del mandato*. 1.6. *La extinción del mandato*. 2. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA: ALGUNAS PROPUESTAS: 2.1. *Naturaleza jurídica*. 2.2. *Capacidad, forma y registro*. 2.3. *Eficacia*. 2.4. *Coexistencia del mandato con el organismo tutelar correspondiente*. 2.5. *Contenido*. 2.6. *Supervisión*. 2.7. *Extinción*.—IV. REFLEXIONES FINALES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

«Estudio sobre la copia notarial electrónica», por FERNANDO GOMA LANZÓN, pág. 63.

SUMARIO: I. UNA REFLEXIÓN INICIAL: HACIA UN NOTARIADO DEL SIGLO XXI.—II. LEGISLACIÓN APLICABLE.—III. DOS CONCLUSIONES ANTICIPADAS.—IV. ELEMENTOS CARACTERIZADORES: 1. DESAPARICIÓN DE LOS TRADICIONALES COMPONENTES DE LA COPIA. 2. EL DESTINATARIO LEGAL. 3. INTERÉS LEGÍTIMO Y DERECHO A OBTENER COPIA. 4. LA «CONCRETA FINALIDAD» DEL PÁRRAFO 7.º DEL ARTÍCULO 17 BIS. 5. EL TRASLADO A PAPEL: 5.1. *Características*. 5.2. *El traslado a papel como finalidad de la copia*. 5.3. *Diversos supuestos*. 6. COPIA DE VIAJE ÚNICO, ESPECIALIZADA Y DE FÁCIL ELIMINACIÓN. 7. LA PRESUNCIÓN FAVORABLE DE GESTIÓN REGISTRAL DEL DOCUMENTO. 8. LA REMISIÓN GENERAL DEL PÁRRAFO 8.º DEL ARTÍCULO 17 BIS.—V. EL PROCESO DE PERFECCIONAMIENTO DE LA COPIA ELECTRÓNICA: 1. PRIMERA FASE: EXPEDICIÓN DE LA COPIA. 2. SEGUNDA FASE: REMISIÓN DE LA COPIA. 3. LA COPIA EFICAZ.—VI. COPIA SIMPLE ELECTRÓNICA.—VII. LAS DIVERSAS «NATURALEZAS JURÍDICAS» DE LA COPIA ELECTRÓNICA: 1. COPIA EFICAZ. 2. REMITIDA, PERO NO RECIBIDA. 3. EXPEDIDA Y NO REMITIDA. 4. CON DEFECTOS JURÍDICOS ESENCIALES. 5. CON DEFECTOS TECNOLÓGICOS NO ESENCIALES. 6. COPIA SIMPLE ELECTRÓNICA.—VIII. LA POSI-

BILIDAD DE COPIAS MÚLTIPLES.—IX. ASPECTO FISCAL.—X. CONCLUSIONES.

«La paradoja de los códigos éticos», por CARLOS MARÍA PÉREZ-EMBIW WAMBA, pág. 121.

SUMARIO: I. EL «FENÓMENO NORMATIVO» DE LOS CÓDIGOS ÉTICOS: 1. BREVE DESCRIPCIÓN DE ESTE FENÓMENO NUEVO. 2. LOS CÓDIGOS ÉTICOS Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 3. ¿PUEDE RESULTAR INSUFICIENTE EL DERECHO POSITIVO PARA ASEGURAR EL ORDEN SOCIAL?—II. BREVES APUNTES DE NUESTRO ACTUAL DERECHO.—III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL: 1. EL ESTATUTO DE LA ÉTICA COMO CIENCIA. 2. LA DISTINCIÓN ENTRE EL *AGERE* Y EL *FACERE*.—IV. EL DERECHO: UNA PARTE DE LA MORAL: 1. ORIGEN DE UNA POSTURA DOCTRINAL ERRÓNEA. 2. LA JUSTICIA Y EL DERECHO POSITIVO. 3. LA COACTIVIDAD COMO NOTA ESENCIAL DEL DERECHO. 4. LA JUSTICIA Y LA PRUDENCIA.—V. CONCLUSIONES.

«La conciliación en la audiencia previa al juicio», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 121.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FINALIDADES DE LA AUDIENCIA PREVIA: EL INTENTO DE CONCILIACIÓN.—III. TERMINOLOGÍA Y NATURALEZA.—IV. SU CARÁCTER OBLIGATORIO.—V. PERSONAS INTERVINIENTES: a) LAS PARTES O SUS PROCURADORES; b) SUS ABOGADOS; c) EL JUEZ.—VI. ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN.—VII. RESULTADO DE LOS INTENTOS DE CONCILIACIÓN: a) EL ACUERDO: CONCEPTO DE TRANSACCIÓN JUDICIAL; b) SU DOCUMENTACIÓN; c) SU HOMOLOGACIÓN.—VIII. EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN HOMOLOGADA. IX. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

«La nulidad del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA, pág. 187.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.—II. REGULACIÓN LEGAL, DOCTRINA Y COMENTARIOS.—III. PROBLEMÁTICA DEL AJUSTE AL DERECHO DEL ESTADO.—IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 ANTE LA EFICACIA CIVIL DE SENTENCIAS CANÓNICAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO Y DISPENSA *SUPER RATO*.—V. REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA: 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE DICIEMBRE DE 1982. 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1995. 3. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, DE 2 DE MAYO DE 2002. 4. SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2002. 5. SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2001. 6. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA, DE 19 DE MAYO DE 1999. 7. SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1999.—VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LAS RESOLUCIONES CANÓNICAS DE NULIDAD MATRIMONIAL.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 208 (Marzo 2004)

«La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la responsabilidad por incumplimiento de los convenios urbanísticos, las facultades edificatorias de las Juntas de Compensación, las consecuencias de la obtención de dotaciones por vía de hecho y los efectos de la publicidad del planeamiento en los actos de ejecución», por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ, pág. 11 (sin sumario).

«La problemática incorporación de expectativas urbanísticas en la determinación del valor de terrenos clasificados como suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado. La (hasta el momento irreductible) tensión entre el legislador y los tribunales. Análisis de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia entre 2000 y 2003», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DESDE LA LEY DE 1956 A LA REDACCIÓN ACTUAL DE LA LEY 6/1998.—II. LA AFIRMACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN LEGAL. LA PROHIBICIÓN DE TOMAR EN CUENTA LAS POSIBLES EXPECTATIVAS URBANÍSTICAS: 1. LA VIGENCIA DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN OBJETIVOS DE LA LEY 8/1990 Y DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1992 EXCLUYEN LA INCORPORACIÓN DE EXPECTATIVAS URBANÍSTICAS. 2. SU MANTENIMIENTO BAJO LA VIGENCIA DE LOS CRITERIOS SUBJETIVOS (DE MERCADO) DE LA LEY 6/1998.—III. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL FAVORABLE A LA INCLUSIÓN DE EXPECTATIVAS: 1. RÉGIMEN GENERAL DE APRECIACIÓN: PROXIMIDAD A NÚCLEOS URBANOS O VÍAS DE COMUNICACIÓN: a) *La diferenciación entre utilización urbanística del terreno y las expectativas urbanísticas bajo la vigencia del Texto de 1992;* b) *El método de comparación de la Ley 6/1998 exige necesariamente tomar en cuenta las expectativas urbanísticas;* c) *La exigencia de la prueba sobre las expectativas urbanísticas.* 2. LA EXISTENCIA DE UN PLANEAMIENTO EN TRAMITACIÓN. 3. LA ADMISIÓN, LIMITADA, DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS EN EL SUELO NO URBANIZABLE O URBANIZABLE NO DELIMITADO POR PARTE DE LA LEGISLACIÓN AUTÓNOMICA. LA ASIMILACIÓN DE LA UTILIZACIÓN URBANÍSTICA DE ESTE SUELO BAJO EL CONCEPTO DE «OTRAS CIRCUNSTANCIAS» DE LA LEGISLACIÓN SOBRE HACIENDAS LOCALES Y SU INCORPORACIÓN EN EL MÉTODO DE COMPARACIÓN. 4. LA EXPROPIACIÓN PARA IMPLANTACIÓN DE SISTEMAS GENERALES: a) *Doctrina general bajo la ley 8/1990 y el Texto Refundido de 1992: valoración como suelo urbano o urbanizable programado;* b) *Elusión del problema. Valoración como suelo no urbanizable o urbanizable no delimitado con inclusión de expectativas.*—IV. CONCLUSIÓN. HIPÓTESIS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ACTUAL REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 25.2 Y 27.2 DE LA LEY 6/1998.

«El urbanismo y la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio jurisprudencial», por RICARDO ESTEVEZ GOYTRE, pág. 117.

SUMARIO: 1. CARÁCTER JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS ACTOS Y DISPOSICIONES EN MATERIA URBANÍSTICA. JURISDICCIÓN Y COM-

PETENCIA: 1.1. CARÁCTER JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA. JURISDICCIÓN COMPETENTE. 1.2. LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS Y DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—2. LA ACTIVIDAD IMPUGNABLE EN MATERIA URBANÍSTICA: 2.1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE. 2.2. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES URBANÍSTICAS: EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: a) *Naturaleza jurídica de los actos de planeamiento*; b) *El control jurisdiccional de los Planes urbanísticos*; c) *Recursos que pueden interponerse en materia de planeamiento*. 2.3. IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y ACUERDOS EN MATERIA DE GESTIÓN URBANÍSTICA: a) *Naturaleza jurídica de los actos de gestión*; b) *Recursos que proceden*. 2.4. LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y ACUERDOS EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA: a) *Naturaleza jurídica*; b) *Recursos que proceden*.—3. LEGITIMACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACCIÓN PÚBLICA: a) LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN GENERAL; b) LA ACCIÓN PÚBLICA; c) LEGITIMACIÓN PASIVA.—4. LAS MEDIDAS CAUTELARES: 4.1. PRINCIPIOS GENERALES. 4.2. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS EN LA JURISPRUDENCIA URBANÍSTICA: 4.2.1. *Principios generales*. 4.2.2. *En materia de planeamiento urbanístico*. 4.2.3. *En materia de gestión urbanística*. 4.2.4. *En materia de disciplina urbanística y licencias de apertura*: a) *Licencias*; b) *Actos de contenido negativo: suspensión o clausura de actividades sin licencia*; c) *Órdenes de demolición: primera excepción a la regla general de ejecutividad de los actos administrativos*; d) *Declaración de edificación en estado de ruina: segunda excepción a la regla de la ejecutividad*. 4.3. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA URBANÍSTICA.—5. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: 5.1. EJECUCIÓN PROVISIONAL: a) *Sentencias estimatorias*; b) *Sentencias desestimatorias*. 5.2. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 123 (Enero-Marzo 2004)

«Tipología de los actos en el Derecho de la Unión Europea. Análisis empírico y estructuras dogmáticas en una presunta jungla», por ARMIN VON BOGDANDY, JÜRGEN BAST y FÉLIX ARNDT, pág. 9.

SUMARIO: I. TIPOS DE ACTOS Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL: 1. LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN Y LOS TIPOS DE ACTOS. 2. SOBRE LAS DEFINICIONES DE TIPOS DE ACTOS, ACTOS JURÍDICOS Y DERECHO DE LA UNIÓN.—II. ¿PROLIFERACIÓN CARENTE DE PRINCIPIOS O DIFERENCIACIÓN ADECUADA A LOS PROBLEMAS?: 1. FUNDAMENTOS EMPÍRICOS DEL ESTUDIO. 2. ASPECTOS BÁSICOS DE UNA DOGMÁTICA EMPÍRICA DE LOS TIPOS DE ACTOS: a) *Actos previstos en los Tratados y actos característicos de los órganos*; b) *La tríada de los actos obligatorios*: aa) La Función de ordenamiento del artículo 249 CE; bb) El reglamento y no la directiva como forma estándar; cc) La decisión, más que un acto administrativo europeo. c) *El génesis secreto de un acto jurídico: la decisión atípica «Beschluss»*; d) *La unidad del ordenamiento jurídico y otros actos especiales del Tratado de la Unión Europea*; e) *Las formas no vinculantes como parte integral del ordenamiento jurídico*: aa) La recomendación, una directiva no obligatoria. bb) El dictamen, la opinión experta de la Comisión. cc) La resolución como una forma de acción originaria.

f) *Singularidades*. 3. LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS, LA PLURALIDAD DE LEGISLADORES: a) *La importancia y el contenido declaratorio de la «organicidad» en el Derecho de la Unión*: aa) Organicidad y régimen de protección jurídica; bb) Organicidad y responsabilidad política. b) *Los tres órganos legislativos regulares*: aa) El «efecto de cierre» del artículo 249, apartado 1 CE en relación a los órganos; bb) La lenta parlamentarización del ordenamiento jurídico; cc) La legislación del Consejo y de la Comisión: una división de poderes muy particular. c) *Singularidades*.—III. SIMPLIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS. ANÁLISIS DEL POTENCIAL DE LAS REFORMAS: 1. LA TIPOLOGÍA DE LOS ACTOS EN EL CONTEXTO DEL DEBATE CONSTITUCIONAL: a) *Un tratado básico conciso y una ley orgánica*; b) *Una ley europea en cuatro variantes*; c) *Superación de la estructura de los pilares*. 2. MEJORAS EN EL MARCO DEL DERECHO PRIMARIO VIGENTE: a) *Autodisciplina vinculante de los órganos*; b) *Mejoras mediante medidas legislativas*. 3. SUGERENCIAS AL CONSTITUYENTE. 4. TIPOLOGÍA DE LOS ACTOS Y CAPACIDAD FUTURA DE LA UNIÓN EUROPEA.

«Liberalismo y burguesía en la menor edad de Isabel II: una mirada sociológica a la España postfernandina», por MIGUEL BELTRÁN VILLALVA, pág. 71.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES: CRISIS FISCAL E IDEOLOGÍAS EN LA DÉCADA OMINOSA (1823-1833).—2. LOS LIBERALES MODERADOS: DEL ESTATUTO REAL A LA CONSTITUCIÓN DE 1837.—3. LOS PROGRESISTAS EN LA REGENCIA DE ESPARTERO.—4. EL DESARROLLO CAPITALISTA HACIA 1840.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

«¿Qué historia, para qué Constitución, de qué Europa?», por BARTOLOMÉ CLAVERO, pág. 101.

SUMARIO: 1. HISTORIA, HISTORIOGRAFÍA Y CONSTITUCIÓN.—2. HISTORIA EUROPEA: LA INTRIGA DE UN DOBLE PREÁMBULO.—3. HISTORIA *VERSUS* HISTORIA: UNA PAREJA UNIVERSITARIA NO BIEN AVENIDA.—4. IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LAS IMÁGENES HISTÓRICAS: SUBSIDIARIEDAD Y REGIONES.—5. TESTIMONIOS DE RIKSDAG Y GRUNDLAG: AUTONOMÍAS, PUEBLOS E HISTORIAS.—6. PIEDRA DE TOQUE: EL DERECHO A LA CULTURA.—7. TÉRMINO DE TEMPLANZA.

«El indigenismo político en América Latina», por RAMÓN MAÍZ, pág. 129.

SUMARIO: 1. ¿CAMPEÑINOS O INDÍGENAS? COMPETENCIA Y CONFLICTO DE IDENTIDADES EN AMÉRICA LATINA.—2. ESTRUCTURA DE OPORTUNIDAD Y ETNIFICACIÓN DE LAS IDENTIDADES: ACTORES, INSTITUCIONES Y POLÍTICAS.—3. DESARROLLOS ORGANIZATIVOS INDIGENISTAS Y REPERTORIOS DE MOVILIZACIÓN.—4. DISCURSO INDIANISTA Y ESTRATEGIAS ENMARCADORAS IDENTITARIAS.—BIBLIOGRAFÍA.

«Ni República parlamentaria ni presidencialista», por MANUEL ÁLVAREZ TARDÍO, pág. 175.

SUMARIO: RESUMEN.—INTRODUCCIÓN.—DEL GOBIERNO PROVISIONAL A LAS CONSTITUYENTES: EL FRACASO DEL PROYECTO CONSERVADOR.—LA DEMOCRACIA REPUBLICANA Y EL PARLAMENTARISMO.—LA CONSTITUCIÓN: UN FALSO COMPROMISO.—NI PARLAMENTARISMO NI PRESIDENCIALISMO. UN BALANCE.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 251 (Enero-Marzo 2004)

«El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor», por CÁNDIDO PAZ-ARES, pág. 7.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: § 1. LA APUESTA DEL MERCADO DE CAPITALES COLOMBIANO POR EL GOBIERNO CORPORATIVO. § 2. UN BREVE APUNTE SOBRE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. § 3. EL GOBIERNO CORPORATIVO COMO CÁLCULO: FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS Y SISTEMA DE LA EXPOSICIÓN.—II. FUNDAMENTOS EMPÍRICOS: § 4. LOS MEDIOS DE COMPROBACIÓN: ¿CÓMO CALCULAR QUE EL GOBIERNO CORPORATIVO ES UN CÁLCULO? § 5. GOBIERNO CORPORATIVO Y VALORACIÓN DE LAS EMPRESAS EN LOS MERCADOS DESARROLLADOS. § 6. VALOR AÑADIDO DIFERENCIAL: EL GOBIERNO CORPORATIVO PAGA MÁS EN LOS MERCADOS EMERGENTES QUE EN LOS MERCADOS DESARROLLADOS. § 7. EL IMPACTO DEL GOBIERNO CORPORATIVO SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS EMPRESAS EN LOS MERCADOS EMERGENTES: EVIDENCIA DE ALGUNOS MERCADOS NACIONALES.—III. RECAPITULACIÓN: § 8. LOS RETOS DE COLOMBIA: BUEN GOBIERNO INSTITUCIONAL Y BUEN GOBIERNO CONTRACTUAL. § 9. BUEN GOBIERNO CONTRACTUAL: MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y CREDIBILIDAD. § 10. UNA CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LA RECEPCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE BUEN GOBIERNO.

«La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales», por MERCEDES FARIAS BATLLE, pág. 67.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APERTURA DE LA SECCIÓN SEXTA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO: 1. PRESUPUESTOS DE APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN: A) *El numerus clausus del artículo 163 LC*. B) *Finalidad de política legislativa*. C) *Análisis crítico de la pretendida opción restrictiva*. 2. APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN Y CONDUCTA DEL DEUDOR. 3. APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN Y CONDUCTA DE LOS REPRESENTANTES LEGALES U ORGÁNICOS DEL CONCURSADO.—III. VALORACIÓN DE LAS CONDUCTAS DEL DEUDOR, LAS «PERSONAS AFECTADAS» Y LOS CÓMPLICES: 1. LA CLÁUSULA GENERAL: CULPA LATA Y DOLO. 2. LA DISPARIDAD DE LAS CONDUCTAS DEL ARTÍCULO 164.2 LC: A) *Presunción de causalidad*. B) *Naturaleza jurídica de la norma*: a) Presunciones *versus* efectos o sanciones legales; b) Presunciones *iuris tantum*: b.1. La sección de calificación como proceso civil no dispositivo; b.2. Procesos sancionadores y presunciones *iuris et de iure*, b.3. Sección de calificación y presunciones *iuris tantum*. C) *Otras consideraciones sobre la corrección sistemática del precepto*.—IV. LOS ILÍCITOS

CIVILES TÍPICOS RELACIONADOS CON EL CONCURSO: 1. CONDUCTAS DOLOSAS O GRAVEMENTE CULPOSAS: A) *Incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad*. B) *Incumplimiento del deber de información documental en el concurso*. C) *Incumplimiento imputable del convenio*: a) Proceso de calificación y pieza separada; b) Conducta típica; c) Culpabilidad del incumplimiento. D) *Alzamiento de bienes y maquinaciones fraudulentas para perjudicar el interés de los acreedores*: a) Alzamiento de bienes; b) Actos dirigidos a dificultar o impedir la eficacia de un embargo; c) Disposición fraudulenta de bienes o derechos; d) Simulación de situación patrimonial ficticia. 2. LAS PRESUNCIONES DE DOLO O CULPA GRAVE: A) *Culpabilidad «en» el concurso*. B) *Incumplimiento de deberes relativos a las cuentas anuales*.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«La evolución histórica y la realidad actual del principio indemnizatorio en el contrato de seguro», por PABLO GIRGADO PERANDONES, pág. 139.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DE LA ATENCIÓN AL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO.—II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO: A) APARICIÓN EN LA EDAD MEDIA. B) LA INSERCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA USURA EN EL CONTRATO DE SEGURO A TRAVÉS DE LA PROHIBICIÓN DE ENRIQUECIMIENTO. LA TESIS DE ENDEMANN (1866). C) EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN LA LEGISLACIÓN DECIMONÓNICA (CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829 Y DE 1885). D) BREVE REFERENCIA A LA PRESENCIA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN OTROS ORDENAMIENTOS DE NUESTRO ENTORNO (ALEMANIA, ITALIA, FRANCIA). E) LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO DE 1980.—III. LA RELEVANCIA DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO COMO INSTRUMENTO PARA LA UNIDAD CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN DE SEGURO.—IV. EXCURSUS SOBRE LA PROHIBICIÓN DE ENRIQUECIMIENTO.—V. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO. ÁMBITO DE APLICACIÓN.—VI. EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO Y EL DAÑO. DIFERENCIA DEL CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN EN EL SEGURO DE DAÑOS Y EN LA NOCIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO COMÚN.—VII. LOS SUPUESTOS QUE ALTERAN EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO: A) CONSIDERACIONES GENERALES. B) ENUMERACIÓN DE LOS MÁS RELEVANTES.—VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

«La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 199.

SUMARIO: I. GENERALIDADES: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.—II. PLAZO DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO Y LEGITIMACIÓN PARA SU FORMULACIÓN.—III. PROHIBICIONES PARA PODER PRESENTAR PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.—IV. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.—V. EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.—VI. LAS ADHESIONES DE LOS ACREEDORES A LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.—VII. APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO: NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA.—VIII. MANTENIMIENTO DE PROPUESTAS NO APROBADAS.

«La solicitud de concurso por el deudor en la nueva Ley Concursal», por VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, pág. 225.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS.—2. MULTIPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS EN LA LEY CONCURSAL.—3. EL PROCEDIMIENTO DE INICIACIÓN A INSTANCIA DEL DEUDOR. DEMANDA Y DOCUMENTOS.—4. EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO.—5. ALGUNOS PLAZOS DISCUTIBLES.—6. LA PRUEBA.—7. ¿SE TRATA, O NO, DE UN «PROCESO PRELIMINAR»?—8. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.—9. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. ¿SURTE, O NO, EFECTOS DE COSA JUZGADA?

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 17 (Septiembre-Diciembre 2003)

«La asistencia jurídica gratuita: novedades en su regulación estatal y autonómica. La STC 95/2003», por PALOMA SANZ BAOS, pág. 11.

SUMARIO: I. CONCEPTO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.—II. RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE.—III. COMPOSICIÓN DE LAS COMISIONES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.—IV. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: a) PROCEDIMIENTO GENERAL: a.1) *Solicitud*. a.2) *Subsanación de deficiencias*. a.3) *Designación provisional de abogado y procurador*. a.4) *Instrucción por la Comisión*. a.5) *Casos especiales*. a.6) *Terminación: resolución de la Comisión*. a.7) *Posibilidad de dejar sin efecto la resolución: revocación e impugnación*. b) PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA JUICIOS RÁPIDOS.—V. ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA LETRADA, DEFENSA Y REPRESENTACIÓN.—VI. SUBVENCIONES A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.—VII. ASISTENCIA PERICIAL GRATUITA.—VIII. LA STC 95/2003, DE 23 DE MAYO. ANEXO: TABLA COMPARATIVA DE HONORARIOS ABONADOS A LOS PROFESIONALES EN EL ESTADO Y EN LA COMUNIDAD DE MADRID.

«La regulación actual de los paraísos fiscales en España», por JUAN RAMÓN MEDINA CEPERO, pág. 45.

SUMARIO: 1. REGULACIÓN LEGAL.—2. PARAÍOS FISCALES Y FISCALIDAD EMPRESARIAL.—3. PARAÍOS FISCALES Y FISCALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS.—4. UN RECORRIDO POR ALGUNOS PARAÍOS FISCALES: a) GIBRALTAR; b) LIECHESTEIN; c) ANDORRA; d) MÓNACO; e) PANAMÁ; f) ANTIGUA Y BARBUDA; g) HONG-KONG.

«Política agrícola común en la Unión Europea: evolución y análisis de la PAC», por MAXIMILIANO A. KRAUSE, pág. 63.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS GENERAL DE LA PAC.—III. LA REFORMA DE LA PAC DE 1992. RONDA DE URUGUAY: A) LA

INCIDENCIA CONJUNTA DE LA REFORMA DE 1992 Y EL ACUERDO AGRÍCOLA DEL GATT DE 1994 SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA AGRICULTURA Y SU GRADO DE INTENSIDAD, EN EL MARCO DE LA NUEVA PAC. LA AGENDA DE 2000.—IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA PAC. APUNTES SOBRE LA RONDA DE DOHA.—V. CONCLUSIÓN. ALGUNAS IDEAS PARA EL FUTURO DE LA PAC.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

«La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (segunda parte)», por INÉS CHAMORRO STORMS y TOMÁS IVORRA ARDITE, pág. 79.

SUMARIO: 4. EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL: 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. LA SOLICITUD DE LICENCIA COMERCIAL: 4.2.1. *Inicio del procedimiento: Solicitud a instancia de parte.* 4.2.2. *Lugar de presentación de la solicitud.* 4.2.3. *Sujetos obligados.* 4.2.4. *Documentación.* 4.2.5. *Subsanación y mejora de la solicitud.* 4.3. INFORMES: 4.3.1. *Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia:* 4.3.1.1. Casos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia emite informe. 4.3.1.2. Plazo para la emisión del informe. 4.3.1.3. Criterios de valoración y contenido del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. 4.3.2. *Informe de la Comisión de Evaluación:* 4.3.2.1. Composición de la Comisión de Evaluación. 4.3.2.2. Criterios de valoración. 4.3.3. *Alegaciones.* 4.4. RESOLUCIÓN. 4.5. COMUNICACIÓN DE LOS ACUERDOS MUNICIPALES RELATIVOS A LICENCIAS DE OBRAS Y DE APERTURA.—5. SUPUESTOS ESPECIALES: 5.1. SUPUESTOS DE TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA: 5.1.1. *Grandes establecimientos colectivos que no integren grandes establecimientos individuales.* 5.1.2. *Los «pequeños» grandes establecimientos.* 5.1.3. *Cambio de titularidad:* 5.1.3.1. Tramitación general. 5.1.3.2. Cambio de titularidad indirecto. 5.1.4. *Los medianos establecimientos comerciales.* 5.2. SUPUESTOS DE MERA NOTIFICACIÓN: 5.2.1. *Ampliaciones o modificaciones amparadas por la excepción del artículo 20 de la Ley 16/1999.* 5.2.2. *Cambio de titularidad por transmisión del promotor a un tercero.*—6. CADUCIDAD DE LA LICENCIA COMERCIAL.—7. REVOCACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL.—8. CONCLUSIONES.—9. BIBLIOGRAFÍA.—10. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES.

«La actuación pública mediante sociedad urbanística con la finalidad de obtener suelo residencial urbanizado: el proyecto Ciudad Jardín-Arroyomolinos», por VICTORIA LÓPEZ TORRALBA, pág. 111.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA ACTUACIÓN PÚBLICA MEDIANTE SOCIEDADES URBANÍSTICAS.—2. LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS: ÁREAS DE PROMOCIONES EMPRESARIALES, S.A., ARPEGIO.—3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA MEDIANTE SOCIEDADES URBANÍSTICAS.—4. ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN URBANÍSTICA: CIUDAD JARDÍN ARROYOMOLINOS: 4.1. LOCALIZACIÓN: EL MUNICIPIO DE ARROYOMOLINOS. 4.2. ARROYOMOLINOS DENTRO DE LAS ESTRATEGIAS DEL PLAN GENERAL REGIONAL. 4.3. EL PROYECTO Y LAS NORMAS URBANÍSTICAS: REVISIÓN DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE ARROYOMOLINOS. 4.4. DATOS BÁSICOS DE CIUDAD JARDÍN-ARROYOMOLINOS. 4.5. ORDENACIÓN PREVISTA: SUPERFICIES, USOS,

APROVECHAMIENTOS, SISTEMAS GENERALES Y CESIONES. 4.6. SISTEMA DE ACTUACIÓN Y PREVISIONES DE EJECUCIÓN.—5. REFLEXIONES SOBRE LA ACTUACIÓN URBANÍSTICA.—6. BIBLIOGRAFÍA.

«El proceso de reforma de la ejecución de la pena privativa de libertad: una visión de conjunto», por FRANCISCO RACIONERO CARMONA, pág. 139.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS JUZGADOS CENTRALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: a) CREACIÓN Y COMPETENCIAS; b) FUNDAMENTACIÓN Y CRÍTICA. c) PUESTA EN FUNCIONAMIENTO.—III. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: a) EL NUEVO CATÁLOGO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD; b) EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENAS DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.—IV. ATRIBUCIONES COMPETENCIALES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: a) EL MARCO GENERAL; b) LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA; c) LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL; d) EL CÓDIGO PENAL DE 1995; e) LA LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DEL CÓDIGO PENAL.—V. EL PROCEDIMIENTO ANTE LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: a) EL «ESTADO DE LA CUESTIÓN»; b) LOS RECURSOS.—VI. LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA, ESPECIAL REFERENCIA AL TERCER GRADO.—VII. LA LIBERTAD CONDICIONAL Y SUS FORMAS ESPECIALES: a) RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR A LA REFORMA; b) CONCEPTO; c) REQUISITOS; d) SUPUESTOS ESPECIALES DE LIBERTAD CONDICIONAL; e) MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LO 7/2003.—VIII. LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS EN CENTRO PENITENCIARIO. LA LO 6/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LO 1/1979, GENERAL PENITENCIARIA.

«Las fuentes de las obligaciones de la Administración: especial referencia a la aplicación de las categorías del contrato y el cuasicontrato», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 181.

SUMARIO: 1. LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO: a) CONCEPTO; b) RÉGIMEN JURÍDICO.—2. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN.—3. EL NEGOCIO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES: a) LOS CONTRATOS Y CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN; b) AUSENCIA DE CONTRATO: EL EMPLEO DE «MEDIOS PROPIOS»; c) ACTOS-CONDICIÓN Y SIMPLES ACTOS UNILATERALES; d) SUPUESTOS CUYO CARÁCTER CONTRACTUAL HA SIDO DISCUTIDO: FUNCIONARIOS, SUBVENCIONES, CONCESIONES DEMANIALES Y DEUDA PÚBLICA: i) *La relación funcional*; ii) *Subvenciones*; iii) *Concesiones demaniales*; iv) *Deuda pública*.—4. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REGULACIÓN: a) CONCEPTO; b) FUNDAMENTO; c) REGULACIÓN.—5. CUASICONTRATOS: EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN: a) CONSIDERACIONES GENERALES; b) ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL; c) SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN; d) DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PRIVADO ANTE LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

«La aportación de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado Autonómico: una aproximación al estudio de sus principales criterios generales», por MIGUEL ÁNGEL PÉREZ GRANDE, pág. 241.

SUMARIO: I. PRECISIONES INICIALES.—II. PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES: 1. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO REFERENTE BÁSICO DE LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. LOS TRASPASOS DE SERVICIOS: NATURALEZA Y ALCANCE.—3. LOS PRINCIPIOS DEL ORDEN ECONÓMICO: 3.1. LOS PRINCIPIOS DE LA LLAMADA «CONSTITUCIÓN ECONÓMICA». 3.2. LA POTESTAD DE GASTO PÚBLICO.—4. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.—5. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.—6. EL CONCEPTO DE «BASES» O «LEGISLACIÓN BÁSICA».—7. LOS CONCEPTOS DE «LEGISLACIÓN» Y «EJECUCIÓN».—8. LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL.—9. LAS SITUACIONES DE CONCURRENCIA COMPETENCIAL.—10. LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.—11. LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES: OBJETO Y ALCANCE.—12. LOS INFORMES: VALOR Y EFECTOS.—13. LAS «CLÁUSULAS DE SALVAGUARDIA».—14. LAS «OMISIONES RELEVANTES».—15. LA REPRODUCCIÓN DE DISPOSICIONES ESTATALES POR LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—16. LA INDISPONIBILIDAD DE LAS COMPETENCIAS.—17. EL VALOR DE PREÁMBULOS, RÚBRICAS Y DEFINICIONES LEGALES.—18. LA NO DEROGACIÓN DEL DERECHO ESTATAL POR EL LEGISLADOR AUTONÓMICO.—19. LA INVOCACIÓN FORMAL DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES EN LAS LEYES.—20. LA «INTERPRETACIÓN CONFORME» DE LAS LEYES.—21. EL «USO TORTICERO» DE LAS NORMAS.—22. LA REMISIÓN DE LA LEY ESTATAL A SUS NORMAS DE DESARROLLO.—23. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CALIDAD TÉCNICA DE LAS LEYES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Número 2 (2003)

«Relaciones económicas y aplicación forzosa del Derecho internacional público: Algunas consideraciones a propósito de la práctica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)», por JORDI BONET PÉREZ, pág. 673.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL RECURSO A LAS MEDIDAS ECONÓMICAS COMO INSTRUMENTO DE APLICACIÓN FORZOSA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—II. LA REACCIÓN INSTITUCIONALIZADA DE LA OIT Y EL RECURSO AL ARTÍCULO 33 DE SU CONSTITUCIÓN: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: 1. EL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA OIT Y LA ADOPCIÓN DE SANCIONES ECONÓMICAS. 2. LA PRÁCTICA RELATIVA AL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA OIT: EL CASO MYANMAR.—III. IMPLICACIONES JURÍDICO-INTERNACIONALES DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA OIT: 1. EL MECANISMO DE APLICACIÓN FORZOSA DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO COMO SISTEMA DE LEX SPECIALIS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS. 2. COERCIÓN ECONÓMICA Y FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO:

UN ANÁLISIS ESPECÍFICO DESDE LOS PRESUPUESTOS DE ACCIÓN PLANTEADOS.—IV. CONCLUSIONES.

«El reconocimiento en el “Sistema Bruselas I”: Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», por PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, pág. 717.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA REFORMA DEL RECONOCIMIENTO: ¿LIMITADA? 2. ANTECEDENTES DEL REGLAMENTO.—II. CUESTIONES PREVIAS EN TORNO AL RECONOCIMIENTO EN EL «SISTEMA BRUSELAS I»: 1. ¿RECONOCIMIENTO V. DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD? 2. RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO V. RECONOCIMIENTO INCIDENTAL. 3. RECONOCIMIENTO A TÍTULO PRINCIPAL.—III. ANÁLISIS DE LAS MODALIDADES DE RECONOCIMIENTO A LA LUZ DE LA REFORMA: 1. LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD. 2. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD AL RECONOCIMIENTO A TÍTULO PRINCIPAL. 3. PROYECCIÓN DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD SOBRE EL RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población», por NURIA ARENAS HIDALGO, pág. 745.

SUMARIO: I. LOS FLUJOS DE POBLACIÓN A GRAN ESCALA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: 1. LA NECESIDAD DE REVISIÓN NORMATIVA EN EL MARCO DEL ASILO. 2. LA INELUDIBLE APROXIMACIÓN COMÚN EN EL ÁMBITO EUROPEO. LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL: EL ÚLTIMO PASO EN LA EVOLUCIÓN JURÍDICA PRECEDENTE.—II. CONCEPCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN TEMPORAL: 1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: LA CONSIDERACIÓN SELECTIVA DE LA AFLUENCIA MASIVA. LIMITACIONES Y VIS EXPANSIVA. 2. LA TEMPORALIDAD DE LA PROTECCIÓN. LA INCIDENCIA EN EL RETORNO DE LOS DESPLAZADOS COMO TÉRMINO NATURAL DEL SISTEMA: A) *El retorno o repatriación voluntaria*. B) *La repatriación forzosa*.—III. LA SOLIDARIDAD COMO BASE DEL SISTEMA. EL DISPOSITIVO DE DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS RESPONSABILIDADES FÍSICAS Y FINANCIERAS EN TORNO A LOS DESPLAZADOS: 1. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER FINANCIERO: EL FONDO EUROPEO PARA REFUGIADOS (FER). 2. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER FÍSICO: LA EXIGENCIA DEL «PRINCIPIO DE DOBLE VOLUNTARIEDAD».—IV. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO Número 1 (2004)

«La protección del menor frente a la obscenidad en el Derecho puertorriqueño: ¿protegemos la obscenidad o salvaguardamos la niñez?», por RAÚL ROJAS DE MOYA, pág. 1.

- «La Ley de la Judicatura de 2003: Análisis crítico de la Reforma Judicial de Puerto Rico», por MARIE CARMEN MUNTANER y GHIA M. PIERALDI VASALLO, pág. 21.
- «Sentencia Sumaria v. Debido Proceso de Ley», por ANABELLE RODRÍGUEZ AMADOR, pág. 29.
- «Régimen de Propiedad Horizontal: retrospectiva y actualización», por JOSUE A. LANDRAU RIVERA y JUAN CARLOS ORTIZ AROCHO, pág. 57.
- «Derecho Internacional Humanitario: Entre luces y sombras, la protección de los derechos humanos después del 11 de septiembre de 2001», por GLORYMAR ORTA RODRÍGUEZ y GEYSA D. VILLARRUBIA RIVERA, pág. 81.
- «Los “Trust Accounts”, los Cánones de Ética Profesional y la controversia constitucional de las cuentas IOLTA», por RAFAEL ANTONIO RAMOS SÁENZ y TANIA RÍOS VAN DER LINDEN, pág. 101.
- «Inyección legislativa a la impericia médica: ¿cura o enfermedad?», por YANIRÉ BATISTA ORAMA, pág. 123.
- «El delito de tráfico de influencias en los Códigos Penales de Cuba y Puerto Rico», por GABRIEL RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA y MIGUEL GARAY AUBÁN, pág. 141.
- «Juicio por jurado: la desinsaculación», por CARLA MARIE LEÓN VALLS, pág. 153.
- «Nota introductoria sobre el Derecho indiano y las mercedes de tierras y solares», por ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ VERA, pág. 175.
- «Mercedes de tierras y solares: Aspectos de la institución en la América hispana meridional durante los siglos XVI y XVII», por AGUSTÍN PARISE, pág. 181.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
Número 103 (Enero-Abril de 2004)

- «La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado», por BERNARDO VAN DER LAAT ECHEVERRÍA, pág. 11.
- «La política criminal contemporánea y la práctica penitenciaria costarricense», por MAYRA ACEVEDO MATAMOROS, pág. 39.
- «Requisitos y solución al conflicto entre la libertad de información y el honor en España y Costa Rica», por ALFREDO VILLALOBOS JIMÉNEZ, pág. 53.

«La relación jurídica del trabajador deportivo (caso de futbolistas y entrenadores de fútbol)», por EDGAR JIMÉNEZ RISCO, pág. 87.

«La relación comercial del tiempo compartido (Timesharing)», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 109.

«La protección de datos personales y el *habeas data*», por JENNY QUIRÓS CAMACHO, pág. 141.

«México preside la Unión Internacional del Notariado Latino», por JOSÉ ANTONIO MÁRQUEZ GONZÁLEZ, pág. 189.

CARTAS AL DIRECTOR

FE DE ERRATAS

Estimados señores:

Habiendo conocido que en el número 681, vol. LXXX, página 436, donde se reproduce una reseña realizada por mí sobre Manuel Atienza, en la que se indica que la asignación horaria de la Filosofía del Derecho en algunas Facultades de Derecho de Francia es de «veinticinco horas semanales», rogaría que hiciera la pequeña corrección en fe de erratas relativa a un error cometido por mi parte al redactar la reseña, en la que se recogiera que son «anuales», y eso tan sólo en algunas Facultades de Derecho.

Afmo. suyo,

Fdo.: Guillermo Hierrezuelo Conde