

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIX • Julio-Agosto 2003 • Núm. 678

CONSEJO DE REDACCION

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 Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Rfo.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gálligo.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

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

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gálligo.

Dirección: 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 JOSE, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Los efectos del concurso sobre la persona del deudor en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», por INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ	2007
«La prelación entre el retracto de colindantes de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias y el Retracto Arrendaticio Rústico», por MARÍA DOLORES MÁS BADÍA.	2035
«Modificaciones en el ámbito legal del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales. Land Registration Act 2002», por FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO	2077
«Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código Civil de Cataluña», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ	2099
«La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)», por ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN	2169

LECTAMENES Y NOTAS

«La ampliación del Derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)», por FERNANDO CANALS BRAGE	2255
«La subrogación procesal automática en sede ejecutiva <i>ex</i> artículo 659.3 LEC. Una pretendida visión práctica», por JUAN MANUEL FONOLL PUEYO	2297
«Interpretación del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre los requisitos para acreditar la representación», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	2311
«Sobre la calificación de los poderes tras el artículo 98 de la Ley 24/2001», por LORENZO PRATS ALBENTOSA	2325

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades	2359
--	------

JURISPRUDENCIA

Resoluciones de la Dirección General:

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	2387
Resoluciones comentadas, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	2418
Resoluciones en materia de urbanismo comentadas por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ	2452

Sentencias del Tribunal Supremo:

Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	2465
Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2484
Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2489
Responsabilidad civil, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ, LOURDES TEJEDOR MUÑOZ y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	2499

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

Bibliografía adquirida por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles de España	2521
Recensiones bibliográficas:	
«Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil», de A. MARTÍN LEÓN, por K. J. ALBIEZ DOHRMANN	2522
«Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizcaia», de GORKA H. GALICIA AIZPURUA, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	2528
«El contrato de cesión de suelo por obra», de ALBERT RUDA GONZÁLEZ, por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	2538
«Decisión jurídica y sistemas de información», de JOSÉ FÉLIX MUÑOZ SORO, por MANUEL FIGUEIRAS DACAL	2543

REVISTA DE REVISTAS	2551
---------------------------	------

ESTUDIOS

Los efectos del concurso sobre la persona del deudor en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002 (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EFECTOS PERSONALES: 2.1. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. 2.2. LA INHABILITACIÓN DEL DEUDOR EN EL SUPUESTO DE CONCURSO CULPABLE. 2.3. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN.—3. EFECTOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA DECLARACION DE CONCURSO: 3.1. LA LIMITACIÓN DE SUS FACULTADES PATRIMONIALES: 3.1.1. *La intervención y suspensión de sus facultades.* 3.1.2. *Los bienes afectos a dichas limitaciones.* 3.1.3. *Consecuencias de la infracción de estas limitaciones.* 3.2. LA CONSERVACIÓN DE LA MASA ACTIVA. LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DEL CONCURSO. 3.3. LA CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL. 3.4. DEBERES Y DERECHOS DEL CONCURSADO: 3.4.1. *El deber de colaboración e información.* 3.4.2. *La entrega de libros y documentos.* 3.4.3. *La obligación de formular y auditar las cuentas anuales.* 3.4.4. *El derecho y la obligación de alimentos.* 3.5. PARTICULARIDADES DEL CONCURSO DE LA PERSONA JURÍDICA.—4. EFECTOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA APROBACION DEL CONVENIO Y DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACION.

1. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los efectos del concurso sobre la persona y bienes del deudor, tanto en el caso de persona física como en el de que aquél sea una persona jurídica, no sólo como consecuencia de la declaración de concurso sino en las fases más avanzadas del procedimiento. Con ello se pretende completar el análisis del Título III del Proyecto, dedicado a los

(*) En el momento en que se corrigen las pruebas de trabajo ya han sido aprobadas la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, publicada en el *BOE* de 10 de julio de 2003, y la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

efectos de la declaración del concurso, iniciado con el estudio de los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa, recientemente publicado en esta revista (1).

El capítulo primero del Título III agrupa los llamados efectos personales y patrimoniales del concurso sobre el concursado. En términos generales, se atenúan los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor, habida cuenta el propósito de suprimir todos aquellos aspectos de la legislación que puedan tener un carácter represivo de la insolvencia y la finalidad preferentemente conservativa del concurso, tendente a facilitar la aprobación de un convenio y evitar la liquidación. Según dice la Exposición de Motivos del Proyecto (III), la flexibilidad del procedimiento concursal regulado por el nuevo texto legal se pone de manifiesto en el régimen de los efectos que produce la declaración de concurso respecto del deudor, ya que, con carácter general, *«se atenúan los establecidos por la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia»*.

De forma más precisa, la regulación proyectada atenúa de forma considerable los efectos de la declaración de concurso sobre la persona y el patrimonio del deudor, ya que la llamada «inhabilitación» se reserva para los supuestos de concurso culpable, entendida como una sanción temporal al deudor y demás personas afectadas por la calificación. Tal «inhabilitación», con el alcance concreto que se atribuye por la nueva regulación a esta expresión, se traduce en la imposibilidad de administrar bienes propios o ajenos, así como a cualquier persona, dentro de un determinado período de tiempo y va acompañada de algunas de las medidas que, en el Derecho vigente, produce la declaración judicial de la situación de insolvencia (concurso y quiebra).

Dentro de los efectos personales se sitúan en el Derecho vigente una serie de medidas, con fines diversos, que acompañan a la «inhabilitación» del sujeto para administrar y disponer de sus bienes. En la regulación proyectada, estas medidas no están ligadas de forma necesaria a la declaración de concurso, ya que algunas, como he dicho, sólo se producen en el supuesto de que el concurso se califique como culpable, y otras para el caso de que se haya procedido a la apertura de la fase de liquidación. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que dicha declaración pueda afectar a los derechos y libertades fundamentales del concursado, mediante la intervención de las comunicaciones y el deber de residencia del deudor en su domicilio. Fuera de estos supuestos, la mera declaración de concurso no produce más efectos sobre la persona del deudor que los previstos en la legislación vigente para la suspen-

(1) Vid. «Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», en *RCDI*, enero-marzo 2003, págs. 143-200.

sión de pagos o quita y espera, aplicables al concursado por el juego de las disposiciones adicionales del Proyecto.

Por lo que se refiere a las facultades patrimoniales del deudor se someten a un régimen más flexible de intervención o de suspensión, según los casos, y se atenúa la sanción de los actos realizados por el deudor con infracción de estas limitaciones, al imponerse su anulabilidad, en lugar de su nulidad, con las diferencias de régimen que este cambio supone.

Cabe cuestionarse, en principio, en qué momento deben entenderse limitadas las facultades de administración y disposición del deudor. A estos efectos, como señala ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, el legislador tiene que optar por uno de los tres momentos fundamentales y sucesivos de la insolvencia: el momento de producirse ésta, el de su manifestación o el de su declaración judicial. Según explica este autor, la evolución de las instituciones concursales refleja «una acusada tendencia a desplazar en el tiempo la conexión de efectos», ya que razones de carácter probatorio desplazan el presupuesto objetivo desde la insolvencia misma hasta su manifestación y, después, hasta el momento de la declaración judicial (2).

Así, el Código de Comercio de 1829 sitúa el momento de la inhabilitación del deudor en el momento en el que el quebrado «se constituye en estado de quiebra» (art. 1.035 del Código de Comercio). Según el artículo 1.001 del citado cuerpo legal, «se considera en estado de quiebra a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones». Tales disposiciones deben completarse con lo establecido en el artículo 1.117 del Código de Comercio, por el que se impone al comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones la obligación de declararse en quiebra. De conformidad con lo establecido en estos preceptos, el mecanismo de la retroacción permite trasladar los efectos de la quiebra al momento en el que supuestamente debió haberse instado, que no es otro que el de la cesación o sobreseimiento en los pagos. Se comprende así que el artículo 1.036 del Código de Comercio declare la nulidad de todos los actos del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la declaración, incluidos los posteriores a la declaración de quiebra (3).

(2) «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, 1979, pág. 39.

(3) De todos modos, como pone de manifiesto GARCÍA VILLAVERDE, no se puede desconocer que en la interpretación de este último precepto comienzan ya a apuntar dos posturas: una primera, coincidente con la mantenida en el texto, conforme a la cual la nulidad es aplicable tanto a los actos anteriores como a los posteriores a la declaración de quiebra; una segunda orientación, por la que la nulidad sólo se aplica a los actos posteriores a dicha declaración, y no a los actos afectados por la retroacción («Sobre la llamada “inhabilitación” del quebrado», en *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, Valladolid, 1998, pág. 1637).

Pudiera pensarse que esta situación se mantiene en el Código de Comercio vigente, si se estima que, aunque la declaración judicial de la quiebra es el presupuesto determinante de la inhabilitación del deudor, sus facultades se entienden limitadas por el juego de la retroacción, desde un momento anterior, el de sobreseimiento o cesación del pago. Sobre esta base, la declaración de quiebra operaría como una *condictio iuris* de la inhabilitación del deudor, en el sentido de que una vez declarado el estado de quiebra, aquélla se entiende producida desde la fecha a la que se retrotraiga la retroacción.

Sin embargo, y sin ánimo de profundizar en el estudio de esta cuestión, no puede ignorarse la postura defendida por un sector de la doctrina, con arreglo a la cual la «inhabilitación» del quebrado deriva de la declaración de quiebra de conformidad con lo dispuesto en el artículo 878.1.º del Código de Comercio, sin posibilidad de retrotraer sus efectos hasta la fecha de retroacción, si no es a los meros efectos de evitar perjuicios injustificados a los acreedores, que en última instancia constituye el verdadero sentido de la retroacción (4). Esta última orientación doctrinal parece más acorde con la regulación prevista en el Código vigente, pues, como han señalado algunos autores, al haberse suprimido la obligación, por parte del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones, de declararse en quiebra, no tiene sentido la pretensión de trasladar los efectos de la quiebra al momento en que supuestamente debió haberse instado (5).

La nueva regulación zanja de forma definitiva esta cuestión, ya que las restricciones en las facultades patrimoniales del deudor no se entienden producidas sino desde el momento mismo de la declaración de concurso. Así se deduce de la rúbrica del Título III del proyecto («De los efectos de la declaración de concurso»), de la que se desprende que los efectos sobre el deudor y los acreedores derivan de la declaración de concurso, sin posibilidad de que estos efectos puedan retrotraerse a un momento anterior al haberse suprimido la fase de retroacción (6). El momento, pues, en el que se entienden limitadas

(4) Vid. en este sentido: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción...», *ob. cit.*, pág. 68; GARCÍA VILLAVARDE, «Sobre...», *ob. cit.*, págs. 1634-1635; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 223-226; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *La fecha de retroacción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 60 y 63-69.

(5) En este sentido, vid. SANCHO GARGALLO, «La retroacción...», *ob. cit.*, pág. 223.

(6) Sobre la supresión de la retroacción y la naturaleza de las acciones de reintegración reguladas en el Proyecto (y en el Anteproyecto), vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración», en *La Ley*, núm. 5640, jueves 24 de octubre de 2002, págs. 1-6; MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dir. por García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerria J., Dilex, Madrid, 2002, págs. 141-151; «Panorámica del Anteproyecto de Ley Concursal de 2001; convenio y acciones de reintegración», en *La Ley*, núm. 5460, 15 de enero de 2002, pág. 4; GARCÍA VILLAVARDE, R., «El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: Las bases de una reforma esperada», en *Actualidad Jurídica Aran-*

o restringidas las facultades de administración y disposición del concursado es el de la declaración del concurso, con independencia del momento en el que se produzca el estado de insolvencia o en el que éste se manifieste. Ello sin perjuicio de los efectos de carácter personal que dicha declaración produce sobre el concursado.

2. EFECTOS PERSONALES

Por lo que se refiere a los efectos personales, en la regulación todavía vigente, el quebrado queda «inhabilitado» para la administración y disposición de sus bienes (art. 878.1 del Código de Comercio), aunque, como es sabido, la doctrina discute si tal inhabilitación constituye una restricción, siquiera relativa, de la capacidad del quebrado o una mera prohibición de disponer y administrar (7).

En todo caso, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a la inhabilitación del concursado para administrar y disponer su patrimonio sometido al concurso, aquélla va acompañada de una serie de medidas limitativas de su capacidad de obrar y del ejercicio de sus derechos civiles, las llamadas «interdicciones legales» del quebrado, en razón a la desconfianza aneja a la declaración de quiebra (8). Como han puesto de manifiesto algunos autores, tales interdicciones, a diferencia de la inhabilitación, no añaden nada a la tutela o protección de los acreedores concursales sino que obedecen al deseo de sancionar al quebrado o de proteger al tráfico frente a un sujeto insolvente (9).

Junto a las medidas mencionadas se establecen otros efectos que limitan los derechos fundamentales del quebrado: el arresto del quebrado y la retención y apertura de su correspondencia, por los que se limita el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), respectivamente. Con la primera de estas medidas se pretende, ya asegurar el

zadi, núm. 491, 21 de junio de 2001, págs. 4-5; PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto de Ley Concursal de 2002: una aproximación crítica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 550, 24 de octubre de 2002, pág. 7.

(7) Sobre las diferentes posturas doctrinales en torno a la supuesta «incapacidad» del quebrado, vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, «La fecha...», *ob. cit.*, págs. 45-51.

(8) Con arreglo a estas medidas el quebrado: a) el quebrado queda «inhabilitado» para el ejercicio de cualquier clase de comercio, mientras no haya sido rehabilitado o autorizado en virtud de convenio (art. 13.2 del Código de Comercio); b) se le impide entrar en Bolsa; c) se le prohíbe desempeñar algunos cargos, como el de tutor o curador, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona (arts. 244.5.º y 291 del Código Civil), así como el ejercicio de funciones y cargo de carácter público. Un análisis detenido de estas medidas puede verse en MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las interdicciones legales del quebrado*, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 123-230.

(9) MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las interdicciones...», *ob. cit.*, págs. 45-50, 140-142 y 156-159; en el mismo sentido, GARCÍA VILLAVERDE, «Sobre...», *ob. cit.*, pág. 1640.

resultado de la ejecución, ya asegurar la efectividad de las eventuales sanciones contra su persona; con la segunda, obtener o mejorar el conocimiento sobre el estado de los bienes de la quiebra (10).

La situación descrita varía sustancialmente en el texto del Proyecto. Así, la «inhabilitación» del concursado deja de ser un efecto derivado de la declaración de concurso, ya que, reservada para el supuesto de concurso culpable, presupone la aprobación de un convenio perjudicial para los acreedores o la apertura de la fase de liquidación (arts. 163.1 y 172.2.2.º PLC). Fuera de este supuesto, el Proyecto ha optado por la sustitución de la «inhabilitación» del concursado, de perfiles jurídicos difusos por una delimitación precisa de las facultades del deudor que se ven afectadas por la mera declaración de concurso: la limitación de sus facultades patrimoniales y algunos derechos fundamentales del concursado.

Además, debe tenerse presente lo dispuesto en la regla 3.ª de la Disposición Adicional primera del proyecto, a cuyo tenor las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera en preceptos concretos que no hayan sido modificados por la Ley concursal se entienden realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación; de un modo diferente, las referencias a la quiebra o concurso de acreedores deben entenderse hechas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.

De acuerdo con todo lo anterior, cabe distinguir tres situaciones: *a)* las limitaciones derivadas de la declaración de concurso; *b)* la inhabilitación del deudor en los supuestos de concurso culpable, así como las interdicciones legales que acompañan a tal inhabilitación; *c)* las limitaciones concretas derivadas de la apertura de la fase de liquidación en el concurso.

2.1. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

i) En el ámbito patrimonial, el concursado ve limitadas las facultades de administración y disposición de los bienes que integran el concurso, en los términos en los que se explican al tratar de los efectos patrimoniales de la declaración de concurso (11).

ii) Para la regulación de los efectos de la declaración de concurso que afecten a los derechos y libertades fundamentales del concursado, el artícu-

(10) Según MARTÍNEZ FLÓREZ, siguiendo la opinión común en la doctrina italiana y alemana, las limitaciones de los derechos fundamentales del concursado constituyen medidas independientes de la inhabilitación y de las interdicciones legales, y, en consecuencia, responden a un fundamento diferente («Las interdicciones...», *ob. cit.*, pág. 33).

(11) Vid. apartado 3.1. «La limitación de sus facultades patrimoniales».

lo 40 PLC se remite a lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, de conformidad con la reserva de ley con rango orgánico establecida por el artículo 81 de la Constitución. A estos efectos, se ha aprobado el Proyecto de la referida Ley Orgánica, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de julio de 2002 (12).

La adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, según lo establecido en el artículo 1 del citado Proyecto de Ley Orgánica (en adelante, PLORC), está vinculada a las medidas que se adopten en relación con las facultades de administración y disposición del concursado. Así, las medidas son diferentes según se acuerde la suspensión o mera intervención de las facultades patrimoniales de dicho sujeto (13).

De acuerdo con lo dispuesto en el precepto citado, la «suspensión» de las facultades de administración y disposición deberá ir acompañada de las siguientes medidas: a) la intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso; b) el deber de residencia del deudor persona natural en su domicilio, en sustitución del arresto. Según este precepto, el arresto del deudor en su domicilio se convierte en la medida más extrema que puede acordar el juez para hacer cumplir el deber de residencia impuesto en la citada ley. Se prevé

(12) Según el Consejo General del Poder Judicial, la regulación contenida en el Anteproyecto de esta Ley Orgánica —la cual coincide sustancialmente con el texto del Proyecto—, resulta «*escueta y general, sin la necesaria precisión exigible en una materia como es la restricción de derechos fundamentales*», si se atiende a la doctrina del TC y TED sobre esta materia (*Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal y al Anteproyecto de Ley concursal*, de 31 de octubre de 2001, publicado en <http://www.cgpj.es>, págs. 7-9). El Consejo de Estado, sin embargo, no comparte tal apreciación, sobre la base de que las variadas situaciones que se dan en la práctica concursal exigen unas previsiones que tengan cierto grado de flexibilidad (*Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal*, de 21 de marzo de 2002, núm. 65/2002, publicado en <http://www.boe.es>, págs. 19-20).

(13) El Consejo General del Poder Judicial ha criticado la vinculación necesaria entre las medidas patrimoniales y las de tipo personal, sobre la base de que la adopción de las primeras puede verse condicionada por las consecuencias derivadas sobre la persona del concursado y de que esta clase de medidas han de estar revestidas de mayores garantías y flexibilidad («Informe...», *ob. cit.*, pág. 9). El Consejo de Estado estima, sin embargo, que tal vinculación parece razonable, ya que las limitaciones de derechos son «*medidas instrumentales*» encaminadas al buen fin de la previa limitación de las facultades patrimoniales del concursado. La diferencia se ajusta a la distinta gravedad que concurre en cada caso, reservándose el automatismo de la medida para los casos más graves de suspensión de las facultades dominicales. En relación a la objeción de falta de flexibilidad de la regulación proyectada, el órgano consultivo argumenta que la «*discrecionalidad*» del juez alcanza a la intensidad con que pueden acordarse estas limitaciones, ya que la apreciación de que la intervención de las comunicaciones se ajusta a los contenidos que sean de interés del concurso debe hacerse caso por caso y se establece una graduación de las restricciones a la libertad de residencia del concursado («Dictamen...», *ob. cit.*, págs. 19 y 20-22).

asimismo la extensión de estas medidas a los administradores o liquidadores, si se tratare del concurso de una persona jurídica (art. 1.1 PLORC) (14).

De un modo diferente, en el supuesto de intervención, el juez goza de amplias facultades para acordar algunas de las medidas anteriores, así como su modificación o su cese (art. 1.3 PLORC).

Por lo que se refiere a las medidas adoptadas, el Consejo General del Poder Judicial echa en falta una alusión explícita a otros derechos fundamentales como el de la inviolabilidad del domicilio, garantizando su ejercicio mediante la correspondiente autorización judicial de entrada en su domicilio (art. 18.2 CE) (15). En esta misma línea, el Consejo de Estado entiende conveniente revisar el cuadro de derechos y de medidas de intervención que debieran figurar (16).

En cualquier caso, la regulación proyectada establece que las limitaciones previstas de los derechos fundamentales deben acordarse mediante «*decisión judicial motivada, proporcionada y durante el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad del procedimiento*» (art. 1.3 PLORC) (17). Este precepto incorpora la doctrina del TC relativa a las cautelas que deben adoptarse en cualquier injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales (18).

(14) El Proyecto corrige la redacción del Anteproyecto, que en lugar de referirse, como el texto actual, a las medidas previstas «en este apartado» lo hacía a las previstas en el «apartado anterior», lo que suscitaba ciertas dificultades interpretativas (cfr. Dictamen del Consejo de Estado, *ob. cit.*, pág. 23).

(15) Además de esta medida, en relación a la intervención a las comunicaciones, dicho órgano propone regular expresamente la intervención y el acceso a los soportes y equipamientos informáticos del concursado, aunque pueden entenderse comprendidas en la «intervención de comunicaciones», y excluir cualquier objeción ligada a la protección de datos informáticos conforme al artículo 18.4 CE. Asimismo postula diferenciar entre la intervención de las comunicaciones personales del concursado en su domicilio y en la empresa o centro de actividades. Por lo que se refiere al deber de residencia del deudor, estima la posibilidad de prever expresamente la adopción de medidas intermedias entre el deber de residencia y la plena libertad ambulatoria, como podría ser la prohibición de abandonar el territorio nacional o comunitario y la retirada del pasaporte («Informe...», *ob. cit.*, págs. 9-10).

(16) «Dictamen...», *ob. cit.*, pág. 6.

(17) El Consejo de Estado estima aconsejable diferenciar entre los supuestos de suspensión e intervención, ya que la necesidad de motivación y de limitación temporal son distintas en los casos en que el juez viene obligado a acordar dichas medidas, por ser una consecuencia ineludible de la suspensión de las facultades dominicales, y en los supuestos en los que se acuerdan de forma facultativa («Dictamen...», *ob. cit.*, págs. 23-24).

(18) Como señala el Consejo General del Poder Judicial, la exigencia de proporcionalidad y la limitación de la duración de la medida a lo estrictamente necesario deriva directamente de la doctrina del TC, que en múltiples resoluciones ha insistido en que el «juicio de proporcionalidad» abarca la gravedad de la intromisión, su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, y en que la proporcionalidad implica que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que ex-

2.2. LA INHABILITACIÓN DEL DEUDOR

La inhabilitación del deudor, reservada, como se ha dicho, para el supuesto de concurso culpable, tiene unos efectos más precisos y menos rigurosos que la inhabilitación del quebrado en el Derecho vigente, pues se refiere a la imposibilidad de administrar bienes propios o ajenos y de representar o administrar a cualquier persona durante un período de cinco a veinte años (art. 172.2 PLC). Tal inhabilitación implica la designación de un curador para la administración de sus bienes, con las facultades que se acuerden en el auto (173.1 PLC). La inhabilitación concluye cuando transcurre el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación, sin necesidad de rehabilitación.

Además tal «inhabilitación» va acompañada de alguna de las medidas (interdicciones legales) que en el Derecho vigente están ligadas a la declaración de quiebra. Así, la mera declaración de concurso, a diferencia de la regulación actual de la quiebra, no produce la inhabilitación del deudor o de los administradores sociales para ejercer el comercio ni para ejercer un cargo tutelar, sino que, siguiendo el sistema del Derecho francés actual, las interdicciones mencionadas se vinculan a la actuación culpable del concursado (19). Con ello se acoge la postura doctrinal que vincula la inhabilitación para ejercer el comercio y administrar patrimonios ajenos con la calificación del concurso como culpable (20).

Las medidas ligadas a la inhabilitación del concursado son las siguientes:

i) La imposibilidad de ejercer el comercio ahora sólo rige para las personas que sean «inhabilitadas». Así se deduce del apartado primero de la Disposición Final segunda del Proyecto, por la que se da una nueva redacción al artículo 13.2 del Código de Comercio, a cuyo tenor no podrán ejercer el comercio «*las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso*». Esto mismo resulta de las Disposiciones Finales decimotava y decimonovena, por las que se reforman, en términos análogos, los artículos 124 LSA y el apartado 3 del artículo 58 LSRL, respectivamente.

prese la ponderación exigida por el juicio de necesidad y que la ejecución se ciña a los términos de la autorización (cfr. SSTC 49/1999, 141/1999 y 166/1999), («Informe...», *ob. cit.*, pág. 11).

(19) Así lo establece la Ley núm. 85-98, de 25 de enero, relativa al *redressement*, aunque el proceso de modificación de la antigua regulación ya se inició con la reforma operada por la Ley núm. 563, de 13 de julio de 1967 (sobre la regulación de esta cuestión en el Derecho francés y otros ordenamientos, cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ y la bibliografía que allí se recoge, págs. 34-36).

(20) En este sentido, vid. CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Caja de Ahorros y Pensiones, Barcelona, 2001, pág. 79.

ii) Pese a que las Disposiciones Finales del Proyecto no reforman expresamente los artículos 244.5.º y 291 del Código Civil para adaptarlos a la nueva regulación, parece razonable entender que la «inhabilitación» impide a las personas afectadas por la calificación de concurso culpable desempeñar el cargo de tutor o curador durante el período de tiempo señalado en la sentencia. Así se desprende de la «inhabilitación» impuesta a las personas afectadas por la calificación del concurso para administrar «bienes propios o ajenos» (cfr. art. 172.2.2.º *versus* art. 39.1 y 2 PLC) (21).

En todo caso, sería aconsejable que el texto definitivo reforme de un modo expreso dichos preceptos para acomodarlos a lo dispuesto en la legislación concursal y evitar contradicciones, como la que supone la alusión a la «rehabilitación» del concursado, suprimida por la propuesta de reforma.

2.3. LIMITACIONES CONCRETAS DERIVADAS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Aparte de las medidas expresamente previstas en el Proyecto, todas las declaraciones de incapacidad de los quebrados o concursados, así como las prohibiciones para desempeñar determinados cargos o funciones o para realizar ciertas actividades establecidas en la legislación vigente, se entienden referidas a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación (Disposición Adicional primera, regla 3.ª). Esta previsión se refiere, obviamente, a todas las limitaciones y prohibiciones impuestas al quebrado y concursado por multitud de normas de distinto carácter, como, por ejemplo, las interdicciones para el ejercicio de funciones y cargos de carácter público (22). Tales limitaciones, según el Proyecto, no son efectos derivados de la declaración de concurso, sino de una fase más avanzada, como es la apertura de la liquidación.

Una particular mención merece la prohibición del quebrado de entrar en Bolsa prevista por el artículo 183 del Reglamento de Bolsas de 1967, ya que, si bien en sus orígenes dicha prohibición estaba relacionada con la inhabilitación del deudor para negociar o ejercer el comercio, en la actualidad cons-

(21) No sería, por tanto, de aplicación, lo dispuesto en la regla 3.ª de la Disposición Adicional primera del Proyecto, conforme a la cual dicha prohibición afectará a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación (cfr. Disposición Adicional primera 3.ª).

(22) Sobre las interdicciones de esta índole vigentes en nuestro ordenamiento, vid. el estudio de MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las interdicciones...», *ob. cit.*, págs. 222-236.

tituye una limitación injustificada al derecho de libre circulación, que debería haberse derogado de un modo expreso por el Proyecto.

De todos modos, tal prohibición puede entenderse eliminada, habida cuenta de que el Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, dedicado a la regulación de los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado, no hace alusión a dicha prohibición, pese a afectar al derecho fundamental de libre circulación, lo que permite pensar que la apertura de la fase de liquidación no va acompañada de dicha medida. Refuerza esta interpretación la filosofía del Proyecto, plasmada en la Exposición de Motivos, de suprimir cualquier aspecto represivo de la insolvencia. En cualquier caso, sería deseable que el Proyecto derogase expresamente lo establecido en el precepto citado del Reglamento de Bolsas.

3. EFECTOS PATRIMONIALES

Uno de los efectos más importantes de la declaración de concurso sobre el deudor es, sin duda, el de la restricción de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.

3.1. LA LIMITACIÓN DE SUS FACULTADES PATRIMONIALES

En el Derecho vigente, una vez declarada la quiebra, el quebrado queda «inhabilitado» para la administración de su patrimonio, de conformidad con el artículo 878.1.º del Código de Comercio. Tal inhabilitación implica una desposesión o un desapoderamiento de los bienes del quebrado, cuya posesión pasa al comisario designado por el juez, con la consiguiente ocupación judicial de todos los libros y documentos (arts. 1.333 y 1.334 LEC).

Según lo establecido en el Proyecto, una vez declarado el concurso, el deudor, aunque no queda inhabilitado, sí ve afectadas sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, ya que las mismas quedan intervenidas o suspendidas, según se trate de concurso voluntario o necesario, respectivamente.

3.1.1. *La intervención y suspensión de sus facultades*

En caso de concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades de administración y disposición, aunque queda sometido en su ejercicio a la intervención de los administradores judiciales mediante su autorización o conformidad (art. 39.1 PLC).

En el supuesto de intervención, el Proyecto, a diferencia de lo establecido en la regulación vigente para la suspensión de pagos (cfr. art. 6 LSP), no recoge una enumeración de los actos para los que se requiere dicha autorización, limitándose a declarar con carácter general la intervención de las facultades mencionadas. Pero tanto para este supuesto como para el de concurso voluntario se echa de menos una referencia explícita a la exigencia de autorización de la administración judicial para contraer, modificar o extinguir obligaciones, pues es posible asumir obligaciones fuera del ámbito de las operaciones de administración (23).

La nueva regulación exige que la intervención se realice mediante «autorización o conformidad» de la administración judicial, lo que exige un pronunciamiento individualizado de la misma acerca de la conveniencia o no del acto que se pretende (24). Se exceptúan los actos u operaciones inherentes a la continuación de la actividad empresarial del deudor, en los que la administración judicial podrá determinar los que, por razón de su naturaleza o cuantía, pueden autorizarse de manera genérica (art. 43.2 PLC) (25).

(23) Vid. el artículo 6.2.^º LSP, a cuyo tenor el comerciante suspenso necesitará el acuerdo de los interventores para «*toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato o verificar todo pago*». En el sentido apuntado, el artículo 53 de la propuesta de ALC/95 establece de un modo expreso que en caso de «limitación» de la capacidad de obrar del deudor, éste necesitará la autorización de los interventores para «*contraer, modificar o extinguir obligaciones*», aunque no se recoge esta mención en caso de suspensión de su capacidad (art. 48). En los mismos términos, el ALC/1959 introduce esta declaración expresa en su artículo 11, limitación que según la Exposición de Motivos se ha establecido «*por creer que es consecuencia necesaria de los principios generales del sistema que impone el Anteproyecto*». Tal previsión, sin embargo, no se contempla en el ALC/83, al resultar innecesaria dada la amplitud con la que se establece la intervención y la inhabilitación patrimonial del deudor y su sustitución por el síndico (arts. 140 y 143, respectivamente).

(24) Cfr. con lo dispuesto en el artículo 6 LSP, al exigir el «*concurso*» o «*acuerdo*» de los interventores para los actos a los que se refiere el precepto citado, dando origen a ciertas dificultades en la doctrina a la hora de fijar su concreto significado.

(25) La propuesta de ALC/96 exceptúa del ámbito de la limitación de la capacidad de obrar las operaciones ordinarias del tráfico del deudor, las cuales quedan sometidas «*al control que discrecionalmente determinen los interventores*». A diferencia de la autorización, el control no debe ser previo a la realización del acto sino que puede ser *a posteriori*, aunque, a juicio de algunos autores, no se debe consentir una actuación de los interventores que suponga una autorización genérica y apriorística de las operaciones (MELLADO RODRÍGUEZ, M., «Efectos de la declaración judicial de concurso. Especial referencia a la

De una forma diferente, en el caso de concurso necesario, se suspende el ejercicio de las mismas, siendo sustituido por los administradores judiciales (art. 39.2 PLC).

Ahora bien, debe tenerse presente que estas reglas no son de carácter imperativo, pues el juez conserva amplias facultades para intercambiar el régimen de suspensión o intervención sin ajustarse al criterio mencionado anteriormente, mediante acuerdo motivado, así como para alterarlo en un momento posterior (art. 39.3 y 4 PLC) (26). En efecto, la autoridad judicial goza de amplias facultades para fijar los efectos patrimoniales de la declaración de concurso, pues está legitimado para alterar *ab initio* la regla general y acordar motivadamente la suspensión en el caso del concurso voluntario y la intervención en el del necesario (art. 39.3 PLC). Asimismo, la nueva regulación permite acordar «en cualquier momento» un cambio de la regla general apuntada, a solicitud de la administración judicial con audiencia del concursado (art. 39.4 PLC) (27). El cambio acordado, en su caso, deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Estado y en los correspondientes Registros de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 PLC. Se exceptúa el caso de concurso de la herencia, en el que dichas facultades quedan en todo caso suspendidas y se atribuyen la administración judicial, sin posibilidad de alterar esta situación por decisión judicial (art. 39.5 PLC).

problemática relativa a la representación», en *La reforma del Derecho Concursal*, Cuadernos de Derecho y Comercio, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 41-42). Por su parte, el ALCA/59 excluye del régimen general de prohibiciones de administrar y disponer los «actos meramente conservativos o para el consumo ordinario de la familia» (art.11.2 *in fine*), excepciones que, según sus autores, se imponen por su evidencia pero eran ignoradas por el Derecho anterior.

(26) El texto actual se separa así de lo previsto en la propuesta de ALC/95, en la que si el concurso fuese necesario el juez debe suspender la capacidad de obrar del deudor, y si fuese voluntario debe limitar o suspender dicha capacidad según los medios propios sean o no suficientes para satisfacer todas las obligaciones (arts. 46.1 y 2). Dicho texto sólo faculta para acordar un cambio de la regla general apuntada en caso de concurso voluntario, bien si se pusiera de manifiesto que los datos tenidos en cuenta para apreciar la suficiencia de los medios no se ajustan a la realidad, bien para sustituir la limitación inicialmente acordada por la suspensión a solicitud de los interventores (arts. 46.2 y 3).

(27) El Consejo de Estado valora positivamente la opción elegida por el legislador, habida cuenta de las particularidades que ofrece cada caso y la conveniencia de «*adecuar al máximo la regulación general a cada supuesto concreto a través de las correspondientes decisiones judiciales*». Esta previsión se considera una solución acorde con la necesidad de reaccionar con celeridad frente a este tipo de crisis y de flexibilizar el procedimiento legalmente previsto («*Dictamen...*», *ob. cit.*, pág. 64). Con un criterio diferente, el Consejo Económico y Social considera que deberían acotarse las facultades del juez para usar esta medida y, en particular, en el caso de concurso voluntario, proceder a la suspensión únicamente «*cuando la actuación del deudor pueda comprometer la viabilidad patrimonial de la empresa*» (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma concursal*, de 7 de noviembre de 2001, núm. 4/2001, publicado en <http://www.ces.es>, pág. 8).

En todo caso, a diferencia de la «inhabilitación» ligada a la declaración de quiebra en el Derecho vigente, la intervención y la suspensión no implican de suyo un «desapoderamiento» de los bienes ni una ocupación de los mismos por parte de los órganos del concurso. En el supuesto de suspensión, la administración judicial asumirá las funciones propias de la administración de los bienes, por lo que, a efectos prácticos, y tratándose de un empresario o comerciante, el deudor quedará separado de la gestión de sus negocios. Ahora bien, no existe inconveniente para que el concursado pueda retener la mera posesión material de los bienes, por ejemplo, cuando así lo requiera la continuación de la actividad empresarial, pues dicha posesión no constituye una exigencia legal para el ejercicio de las facultades mencionadas por parte de la administración judicial (28).

3.1.2. *Bienes afectos a dichas limitaciones*

Según establece el artículo 39.6 PLC, las limitaciones a que me he referido afectan a las facultades de administración y disposición sobre todos los bienes, derechos y obligaciones privativos del deudor que hayan de integrarse en el concurso, así como, en su caso, las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal. Tales limitaciones no afectan a la administración y disposición de los bienes y derechos excluidos del concurso; es el caso de los derechos no patrimoniales, bienes inembargables y, en general, cualquier bien o derecho que, por su naturaleza, no pueda integrarse en el concurso (29).

Como es lógico, la declaración de concurso no afecta a la facultad de testar (art. 39.6 *in fine* PLC), sin perjuicio, obviamente, de que las disposiciones testamentarias no pueden alterar la situación de concurso a la que se vea sometido su patrimonio.

(28) Repárese que esta opción se defiende por algunos autores incluso para el Derecho vigente, al estimarse realizada la ocupación de los bienes del deudor sin que se haya efectuado la aprehensión material de los mismos (vid. sobre este particular, SOTO VÁZQUEZ, R., *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente. Quiebras y concurso de acreedores*, Comares, Granada, 1995, págs. 8-12).

(29) En términos muy explícitos, el artículo 144 ALC/83 establecía que «*Se exceptúan del ámbito de la intervención o de la inhabilitación establecidas en los artículos anteriores los actos de administración y de disposición del deudor que tengan carácter personalísimo o se refieran a su patrimonio inembargable*». En términos análogos se pronuncia el artículo 46.6 de la propuesta de ALC/95.

3.1.3. Consecuencias de la infracción de estas limitaciones

Según la opinión más extendida, los actos de administración y disposición realizados por el deudor después de la declaración de quiebra en el Derecho vigente son nulos de pleno derecho, aunque esta sanción es objeto de crítica, al estimarse excesiva, por un sector importante de la doctrina. De acuerdo con esta calificación, la nulidad de los actos realizados por el deudor con posterioridad al momento al que se retrotraigan los efectos de la declaración de quiebra: *a)* es oponible *erga omnes*; *b)* no es susceptible de convalidación o confirmación; *c)* pese a lo que suele afirmarse por un sector importante de la doctrina, ello no impide que deba ser declarada judicialmente si la parte afectada por la nulidad no se aviene a la reintegración, pues los síndicos no pueden proceder por su propia autoridad a la ocupación de los bienes afectados (30).

El nuevo texto legal atenúa también la sanción de los actos realizados por el deudor después de la declaración de concurso con infracción de las limitaciones mencionadas, pues dichos actos no son nulos, como en el régimen anterior, sino anulables (31). Obsérvese que, a diferencia de lo que acontece en el Derecho vigente, la sanción de anulabilidad sólo será aplicable a los actos posteriores a la declaración de concurso, al haberse suprimido la llamada fase de retroacción, sin perjuicio de las acciones revocatorias e impugnatorias que puedan ejercerse si concurren determinados requisitos.

Según lo establecido en el artículo 39.7 PLC, y de conformidad con el régimen general de la anulabilidad, la ineficacia de los actos referidos sólo podrá ser declarada a instancia de la administración judicial, siempre que no los haya confirmado o convalidado de forma expresa o tácita (32).

(30) En este sentido, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción...», *ob. cit.*, pág. 66. Con un criterio diferente, un sector importante de la doctrina mercantilista estima que la nulidad opera *ipso iure* (vid. por todos, URÍA MENÉNDEZ, R., *Derecho Mercantil*, 22.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 1035, y BROSETA PONS, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., corregida y ampliada, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 676).

(31) Esta sanción ya fue prevista por el artículo 11 ALC/59, por estimarse, según sus autores, que «*la sanción de nulidad radical era injustificada y excedía evidentemente de las exigencias de tutela de los acreedores*». El precepto citado prevé la posibilidad de anular los actos realizados por el concursado, «*salvo si se hubieran realizado con autorización expresa del órgano de administración del concurso o si éste los hubiere ratificado antes de ser impugnados por la persona con quien el deudor hubiere contratado*». De forma menos precisa, la propuesta de ALC/96 considera «*ineficaces*» los actos realizados por el deudor o sin la asistencia de los interventores, en los supuestos de suspensión y de limitación de la capacidad de obrar, respectivamente (cfr. arts. 48.2 y 53.3).

(32) GARCÍA VILLAVERDE, aunque comparte la plena validez de los actos del concursado cuando se confirmen o convaliden por la autoridad judicial, cuestiona el acierto del régimen sancionador, sobre la base de que la anulabilidad puede fomentar la ligereza de actuaciones del deudor y, sobre todo, echa una pesada carga sobre la mencionada administración. Considera más adecuado, si bien con ciertas reservas, declarar la plena validez

Habida cuenta la inseguridad que genera el carácter provisional de los actos realizados por el deudor, el Proyecto faculta a cualquier acreedor y a quien haya sido parte en la relación afectada por la anulación para requerir de la administración que se pronuncie acerca de su anulación o confirmación, entendiéndose confirmados de forma tácita si no se ejercita la acción de anulación en el plazo de un mes a contar desde el requerimiento. En el supuesto de no producirse dicho requerimiento, el ejercicio de la acción de anulación caduca con la aceptación del convenio por los acreedores, al aceptarse por parte de éstos el contenido concreto de la propuesta de convenio tramitada en el procedimiento, o en el plazo de seis meses desde la apertura de la liquidación.

Parece razonable impedir la anulación de los actos realizados por el concursado cuando los acreedores hayan aceptado el contenido del convenio, pues dicha anulación implicaría una modificación de los bienes del concurso. Es asimismo lógico que el momento determinante para la caducidad de la acción de anulación sea el de la aprobación del convenio por los acreedores, pues es entonces cuando los acreedores prestan su adhesión a la propuesta de convenio, aunque el convenio no adquiere plena eficacia desde su aceptación por los acreedores sino desde la fecha de la sentencia de su aprobación (art. 132 PLC). A falta de convenio, la fijación del plazo de seis meses desde la apertura de la liquidación parece responder a la finalidad pretendida por la nueva regulación de que las operaciones de liquidación no se dilaten excesivamente en el tiempo; a estos efectos, el plazo señalado para la caducidad de la acción es la mitad del plazo legal de un año fijado para llevar a cabo dichas operaciones (art. 152.1 PLC).

La limitación de las facultades dispositivas del concursado tiene un adecuado reflejo en el régimen de inscripción de los actos de disposición relativos a bienes inmuebles. Sobre esta base, el artículo 39.7 *in fine* PLC establece que los actos referidos no podrán inscribirse si no se acredita su confirmación o convalidación por la administración judicial, la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme, sin entrar ahora en cuáles son los medios idóneos para la acreditación de estos extremos. En todo caso, repárese en que la sanción de anulabilidad establecido por el nuevo texto legal tiene consecuencias importantes en el régimen registral de dichos actos, ya que al dar lugar a un defecto subsanable, en lugar de insubsanable, el Registrador deberá suspender (y no denegar) la calificación, con las consecuencias registrales que tal calificación conlleva.

de los actos del concursado frente a terceros y su ineficacia frente a la masa, distinguiendo el aspecto obligacional del de ejecución, al modo de la legislación alemana y otras muchas que la han seguido («El anteproyecto...», *ob. cit.*, pág. 5). En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto...», *ob. cit.*, pág. 6.

3.2. LA CONSERVACIÓN DE LA MASA ACTIVA. LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DEL CONCURSO

Como es sabido, en el Derecho vigente, la regulación de los actos de administración en el supuesto de quiebra está recogida, aunque de forma poco sistemática, en la normativa dedicada al concurso de acreedores en la antigua LEC (arts. 1.228 a 1.248), que resulta aplicable a la quiebra en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.319 LEC. Son asimismo aplicables los artículos 1.016 a 1.029 LEC, referidos a la administración de los abintestatos por remisión expresa del artículo 1.229.2 LEC.

De esta regulación se desprende el principio, no plasmado en los textos legales de un modo expreso, de que sólo procede la liquidación o realización de los bienes del quebrado cuando sea firme el auto declarativo de la quiebra. Hasta el momento de la liquidación, los órganos de la quiebra no sólo están obligados a conservar el patrimonio, sino que tienen el deber de ejercitar todos los derechos y acciones que correspondan a la masa, «*procurando que den las rentas, productos o utilidades que correspondan hasta realizar su venta*» (art. 1.229.1 LEC). Según ha señalado la doctrina, esta regla general admite, sin embargo, ciertas excepciones, cuando la propia conservación del patrimonio del quebrado exija la enajenación de los bienes que lo integran: bien porque se trate de cosas de difícil o imposible conservación, de inminente disminución de valor o de una conservación costosa, bien porque tal enajenación sea precisa, a falta de liquidez, para satisfacer algunos gastos indispensables u otros bienes de más valor (33).

En la suspensión de pagos, el deudor podrá disponer de sus bienes y de los efectos propios de su tráfico con el acuerdo de los interventores, por mutua conveniencia de los interesados o por resultar su conservación imposible, perjudicial o costosa (art. 6.3.^a LSP).

Según la nueva regulación, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición se atenderá a la conservación del patrimonio del concursado, lo que se convierte, según señala el Consejo General del Poder Judicial, en principio rector del ejercicio de dichas facultades (34). La obligación de conservación de la masa activa viene impuesta por la propia razón de ser del

(33) Sobre este punto, vid. RAMÍREZ, J., *La quiebra. Derecho Concursal español*, tomo II, 2.^a ed., puesta al día por J. M.^a Caminals y F. Clavé, Barcelona, Bosch, 1998, págs. 1518-1526; SOTO VÁZQUEZ, «Aspectos...», *ob. cit.*, págs. 34-35.

(34) «Dictamen...», *ob. cit.*, pág. 36. Sobre el principio de conservación de la empresa, vid. VERDERA Y TUELLS, E., «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma del Derecho concursal: la supervivencia de empresas en crisis», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, RFDUC*, núm. 8, 1985, págs. 180-188; GARCÍA VILLAVARDE, R., «Instituciones concursales y paraconcursoales: el ámbito de una reforma», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, RFDUC*, núm. 8, 1985, págs. 202-206.

procedimiento concursal, dirigido a asegurar la consistencia del patrimonio del concurso en beneficio de la masa de acreedores. Es, por tanto, lógico que el Proyecto se refiera de un modo expreso a la conservación del patrimonio sometido a concurso, la cual, según el artículo 42.1 PLC, deberá llevarse a cabo del modo «*más conveniente para los intereses del concursado*». A estos efectos, los administradores judiciales podrán solicitar al juez el auxilio que estime necesario.

De forma coherente con la filosofía del concurso, el Proyecto parte del principio de que la conservación del patrimonio del concursado no implica la «*in- alterabilidad*» del mismo. El nuevo texto legal no se refiere de un modo expreso a las condiciones necesarias para proceder a la enajenación de los bienes, lo que permite entender que ésta puede acordarse «*en interés del concurso*», siempre que se trate de una medida necesaria para la conservación del patrimonio en los términos señalados más arriba, esto es, porque su conservación sea imposible, difícil o costosa o porque resulte necesaria para atender la conservación de otros bienes. Asimismo, podrán llevarse a cabo los actos de disposición propios de la actividad profesional o empresarial del concursado, necesarios para continuar su actividad (cfr. arts. 42.3.2.º y 43 PLC).

Como regla general, para garantizar que estas medidas se adopten en interés exclusivo del concurso, se exige autorización judicial para los actos de enajenación o gravamen, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de liquidación (art. 42.2 PLC).

Ahora bien, con carácter excepcional, y habida cuenta que en ocasiones puede resultar difícil obtener la autorización judicial con la prontitud que requieren determinadas circunstancias, el Proyecto permite prescindir de dicha autorización en dos supuestos: *a*) la enajenación de bienes o derechos de difícil o costosa conservación, susceptibles de perecer, sufrir grave deterioro o disminuir de forma considerable su valor; *b*) los actos de disposición «*inherentes*» a la actividad profesional o empresarial del deudor (arts. 42.3 y 43 PLC) (35).

Esta solución se adopta, en teoría, con el loable propósito de facilitar la labor de conservación del patrimonio, o en su caso, la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, pero no puede ignorarse el «*riesgo*» que la ausencia de un control judicial previo puede entrañar.

(35) En el Derecho vigente, en el caso de quiebra, la enajenación de los bienes hace precisa la intervención judicial, a propuesta de los órganos de la quiebra y del concurso, pudiéndose denegar su autorización si estima que dicha enajenación no es conveniente para los intereses del concurso (cfr. art. 1.235 LEC, por analogía), (vid. SOTO VÁZQUEZ, «Aspectos...», *ob. cit.*, pág. 35). La propuesta de ALC/95, además de los bienes de imposible, difícil o costosa conservación, exceptúa de la autorización judicial aquellos bienes o derechos «*cuyo valor no sea superior al 5 por 100 del valor total de la masa activa*» (art. 82.3).

3.3. LA CONTINUACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL

Como es sabido, para el Derecho vigente, la doctrina defiende que la quiebra no conduce fatalmente al cierre o clausura de la empresa, sino que ésta puede continuar por cuenta de la quiebra (36).

El nuevo texto legal, al igual que otras legislaciones, establece de un modo expreso que la declaración de concurso no interrumpe de suyo la continuación de la actividad profesional o empresarial que viene ejerciendo el deudor, sin perjuicio de la intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales de conformidad con lo previsto en el artículo 39 PLC (art. 43.1 PLC) (37). Tal previsión es conforme con la idea central del Proyecto, tendente a garantizar las posibilidades de cobro de los acreedores, sin recurrir a la liquidación judicial (38). De todos modos, el juez del concurso dispone de amplias facultades para acordar el cierre de las oficinas o establecimientos de los que fuese titular el deudor, e incluso, tratándose de una actividad empresarial, para acordar el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta. Tal decisión no puede adoptarse de oficio sino a instancia de la administración judicial y previa audiencia del deudor (art. 44.4 LPC) (39).

(36) En este sentido, vid. RAMÍREZ, «La quiebra», II, *ob. cit.*, págs. 1505-1508; SOTO VÁZQUEZ, «Aspectos...», *ob. cit.*, págs. 29-30.

(37) El nuevo Proyecto acoge, aunque con algunas diferencias, la opción prevista en otras legislaciones modernas, como la francesa y la italiana. Así se desprende, de una parte, del artículo 90 de la Ley italiana de quiebras de 1942 (Real Decreto de 16 de marzo de 1942. *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*), en el caso de que la interrupción pueda derivar un daño grave e irreparable. Pero se introduce la prevención de que, acordada por el Tribunal la continuación temporal del ejercicio de la empresa, la comisión de acreedores debe decidir en un momento posterior sobre la oportunidad de continuar o reemprender en todo o en parte el ejercicio de la empresa, indicando las condiciones para ello. Además, el Tribunal podrá acordar la cesación del ejercicio provisional si lo solicita la Comisión de acreedores o el juez, en cualquier momento, lo estima oportuno. Por su parte, el artículo 35 de la Ley francesa de 1985 (*Loi n.º 85-98. Redressement et liquidation judiciaires*) establece la continuación de la empresa durante el «período de observación», con la prevención de que el Tribunal podrá ordenar la cesación total o parcial de la actividad a instancia del administrador, de los acreedores, del deudor, del Ministerio Fiscal o, en su caso, de oficio y con informe del juez comisario; el artículo 69 señala que el tribunal decidirá sobre la continuación de la empresa cuando existan serias posibilidades de saneamiento y de satisfacción del pasivo.

(38) Vid. GARCÍA VILLAVERDE, «El anteproyecto...», *ob. cit.*, pág. 4. En términos análogos, PULGAR EZQUERRA afirma que los efectos de carácter patrimonial vienen determinados por la finalidad «*prevalentemente conservativa*» del concurso («El Proyecto...», *ob. cit.*, pág. 6).

(39) El Consejo General del Poder Judicial echa en falta la exigencia explícita de que la solicitud de los administradores judiciales sea razonada, en contraste con lo que sucede en otros apartados del texto («Dictamen...», *ob. cit.*, pág. 36).

Lo dispuesto en estos preceptos es coherente con uno de los objetivos más claros del Proyecto, a saber, el de facilitar la aprobación de un convenio que posibilite la continuación de la empresa como un medio idóneo para satisfacer los intereses de los acreedores sin tener que recurrir a la liquidación del patrimonio del deudor, y evitar así la liquidación de la empresa.

Con el fin de facilitar la continuación de tal actividad, en caso de intervención, la administración judicial podrá autorizar en bloque las operaciones propias del tráfico o giro de la empresa que, por su cuantía y naturaleza, puedan realizarse sin necesidad de recabar su conformidad individual (art. 43.2 PLC). A estos efectos, deben entenderse comprendidas en el ámbito de la norma, las operaciones u actos propios o inherentes al giro o tráfico de la empresa que sean necesarias o imprescindibles para continuar con la actividad (por ejemplo, pago de nóminas, de suministro de materias primas, recibos de luz o teléfono o similares, proveedores habituales, etc.) (40). Con el mismo fin, y sin perjuicio de las medidas cautelares adoptadas por el juez, hasta la aceptación de los administradores judiciales el deudor podrá realizar los actos propios del giro de la empresa, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 43.3 PLC) (41).

En caso de suspensión, corresponde a la administración judicial adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 43.4 PLC).

3.4. DEBERES Y DERECHOS DEL CONCURSADO

3.4.1. *El deber de colaboración e información*

La nueva regulación establece, en positivo, el deber del deudor de colaborar e informar de todo lo necesario o conveniente para el interés del con-

(40) Con un criterio más amplio, algunos autores estiman, en relación al artículo 53 de la propuesta ALC/96, que deben estimarse comprendidas aquellas operaciones «ajenas» al giro o tráfico, pero necesarias, e incluso imprescindibles para el normal desarrollo del negocio, por ejemplo, ciertas operaciones crediticias o el simple descuento de efectos que permite dotar de liquidez a la compañía (MELLADO RODRÍGUEZ, «Efectos...», *ob. cit.*, págs. 41-42).

(41) El texto definitivo del Proyecto ha modificado la redacción del Anteproyecto al suprimir la exigencia de que tales actos «no impliquen asunción de nuevas obligaciones o verificación de pagos», sobre la base de que cualquier acto propio del giro o tráfico profesional o empresarial implica necesariamente obligaciones o verificación de pagos, salvo los supuestos de cobro de lo vendido. En este sentido se pronunciaron el Consejo General del Poder Judicial («Dictamen...», *ob. cit.*, pág. 36) y el Consejo de Estado, recomendando este último modificar la redacción del precepto («Dictamen...», *ob. cit.*, págs. 65 y 66).

curso. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumben a sus administradores y liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 41.1 PLC).

Asimismo, el Proyecto impone de un modo expreso estos deberes a los apoderados generales del deudor y a quienes desempeñaran dicho cargo dentro del período mencionado (art. 41.2 PLC).

El incumplimiento del deber de información y colaboración constituye una presunción de dolo o culpa del deudor (o en su caso de sus representantes legales, administradores o liquidadores), a los efectos de la calificación del concurso como culpable (art. 164 PLC).

3.4.2. *La entrega de libros y documentos*

En el Derecho vigente, uno de los efectos patrimoniales de la declaración de concurso o quiebra es la «ocupación» de los libros y documentos del deudor concursado (arts. 1.173 a 1.175 LEC/1881) y de los documentos y libros de la quiebra (art. 1.334 LEC/1881), en los términos establecidos en dichos preceptos.

En términos más moderados, y suprimiendo cualquier aspecto represivo, el Proyecto impone al deudor la «obligación» de entregar a la administración judicial los libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial y atribuye al juez la facultad de acordar las medidas necesarias para la efectividad de dicha obligación (art. 44.1 y 2 PLC).

En todo caso, el deudor que continúe su actividad podrá conservar en su poder, a disposición de la administración judicial, aquellos estrictamente necesarios para su profesión. En todo caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.2 PLC, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para evitar los abusos o excesos que pudieran cometerse.

3.4.3. *La obligación de formular y auditar las cuentas anuales*

Declarado el concurso, el deudor continúa obligado a realizar y auditar las cuentas anuales inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial. En caso de suspensión, tal obligación corresponde a los administradores judiciales; en caso de intervención, al propio deudor bajo la supervisión de aquéllos (art. 45 PLC).

El incumplimiento de dicha obligación respecto de alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso, constituye una presunción de dolo o culpa grave para la calificación del concurso como culpable (art. 164.3.º PLC).

3.4.4. *El derecho y la obligación de alimentos*

i) El PLC incorpora el derecho de alimentos del deudor, cuando éste sea una persona natural, hasta la apertura de la liquidación judicial (arts. 46.1 y 144.2 PLC).

El derecho a alimentos está previsto en la regulación, todavía vigente, del concurso de acreedores (arts. 1.314 a 1.317 LEC/1881), así como en los artículos 1.098 y siguientes del antiguo Código de Comercio. Sin embargo, su concesión depende de que los bienes sean suficientes para pagar las deudas, lo cual debe ser apreciado por el juez y aprobado después por la junta de acreedores (arts. 1.314 y 1.315 LEC/1881).

La nueva regulación ha suprimido tal limitación y el deudor tiene en todo caso derecho a alimentos (42). Su cuantía y periodicidad, en caso de suspensión, deberá ser aprobada por el juez, quien podrá después modificar su periodicidad y cuantía en caso de intervención por la administración judicial (art. 46.1 PLC).

ii) La declaración de concurso puede producir el cese de la obligación de alimentos a cargo del concursado, pues esta obligación sólo puede obtenerse con cargo a la masa si no pudieran percibir las de otras personas igualmente obligadas a prestarlas, previa autorización del juez del concurso, quien decidirá sobre su procedencia y cuantía (43). En todo caso, los alimentos tendrán la consideración legal de créditos contra la masa, de modo que deberán ser satisfechos con cargo a la misma en el momento de su vencimiento (arts. 83.4.º y 153 PLC).

3.5. PARTICULARIDADES DEL CONCURSO DE LA PERSONA JURÍDICA

Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos, el Proyecto dedica una atención especial a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce sobre el deudor tal declaración, «*materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico*» (44). Tal previsión está

(42) El derecho a percibir alimentos se regula también en el ALCA/1959 y en el ALC/1983, en los que también se elimina la limitación establecida por la LEC (cfr. arts. 18 y 146, respectivamente). Por su parte, la propuesta de ALC/95, en el supuesto de suspensión, confiere al deudor el derecho a alimentos en tanto el pasivo exigible fuera superior al activo real; si fuera inferior, sólo si no pudiera percibirlos en medida suficiente de persona legalmente obligada a prestárselos (art. 59).

(43) En términos análogos se pronuncia el artículo 59 ALC/96, aunque tal previsión no se incluye en los textos que le precedieron.

(44) Esta previsión no es una novedad del Proyecto sino que se recoge en otras propuestas anteriores. Así, en términos muy elocuentes, la Exposición de Motivos de la

plenamente justificada, habida cuenta la distinta naturaleza del sujeto sometido a concurso, lo que, a su vez, implica un régimen distinto de su actividad, ya que ésta actúa por medio de representantes, aparte de que no tienen tanta trascendencia los aspectos puramente personales. Asimismo, no se puede ignorar la importancia socioeconómica de esta clase de sujetos, ya que los supuestos de quiebra de personas jurídicas son, sin duda, mucho más numerosos que los de quiebra de personas físicas.

Aunque otras propuestas anteriores parten de la constatación de que la mayoría de los sujetos del tráfico económico han adoptado la forma de sociedad, el Proyecto actual recoge en un mismo precepto los efectos más importantes de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica (art. 47 PLC), sin perjuicio de otros efectos dispersos en otros preceptos.

Las particularidades se refieren a los siguientes aspectos:

i) Según he dicho, el Proyecto impone a los administradores y liquidadores de la sociedad, junto con los apoderados generales, los deberes de colaboración e información (art. 41 PLC).

ii) La declaración de concurso no es causa de disolución de la sociedad.

Según la nueva regulación, la declaración de concurso no constituye, por sí sola, causa de disolución, pero si se abre la fase de liquidación la sociedad quedará disuelta de una manera automática (vid. art. 144.3 PLC). Así se desprende de la nueva redacción dada a la causa tercera del artículo 221 del Código de Comercio por la Disposición Final segunda del Proyecto, así como de los artículos 260.2 LSA y 104.2 LSRL, reformados por la Disposición Final decimoctava y decimonovena del Proyecto, respectivamente.

Los preceptos citados, en su redacción todavía vigente, establecen que la quiebra de las sociedades a las que los mismos se refieren sólo producen su disolución cuando se acuerde expresamente por la resolución judicial que la declare. Estas leyes, como es sabido, incorporan a sus respectivos articulados la tesis, defendida por la doctrina mercantilista, de que la declaración de quiebra, pese a la literalidad del artículo 221 del Código de Comercio, no produce *ipso iure* la disolución de la sociedad a menos que se declare de un modo expreso.

propuesta de Anteproyecto de 1995 señala que dicha propuesta «*parte de la constatación de que la mayoría de los sujetos del tráfico económico, sea en el sector de la industria, en el del comercio o en el de los servicios, ha adoptado como forma de organización la propia de las sociedades mercantiles y que, con frecuencia, estas sociedades están integradas en grupos de empresas nacionales o internacionales*». Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el Anteproyecto citado presta atención especial a los deudores que revistan forma societaria, y aun cuando dicha propuesta es aplicable a cualquier deudor, persona física o jurídica, se establecen algunas especialidades para la crisis económica del deudor societario (vid. sobre este aspecto, PULGAR EZQUERRA, J., «La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, 1996, págs. 464-465).

iii) Subsistencia de los órganos de la persona jurídica deudora.

Dado que la sociedad no se disuelve por la declaración de concurso y mientras siga teniendo existencia legal, debe tener órganos que la representen. En el Derecho vigente, el artículo 929 del Código de Comercio se ocupa de la representación de la sociedad durante la quiebra, habida cuenta la inhabilitación de sus gerentes o administradores para continuar ejerciendo las atribuciones propias de sus cargos. Pero una vez suprimida la «inhabilitación» como efecto de la declaración de concurso, el Proyecto establece de un modo expreso la subsistencia de los órganos de la sociedad durante la tramitación del concurso, a quienes se entienden encomendados los deberes que la ley impone al concursado. Lo anterior se entiende sin perjuicio de las limitaciones inherentes a la intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales, de conformidad con las reglas generales (art. 47.1 PLC).

Ahora bien, el propio precepto exceptúa el caso de que, abierta la liquidación, se disuelva la sociedad y el juez acuerde el cese de los administradores, siendo sustituidos por la administración judicial (vid. art. 144.3 PLC).

Se atribuye expresamente a los administradores judiciales derechos de asistencia y voz en las sesiones de los órganos colegiados (art. 47.1 *in fine*), pero no se contempla específicamente el caso de la aprobación de las cuentas anuales, como parece procedente (45).

iv) Acción de responsabilidad de la administración judicial contra los administradores, auditores y liquidadores.

Como ha señalado la doctrina más autorizada, el Proyecto se pronuncia de un modo expreso sobre la compatibilidad con el concurso del ejercicio de alguna de las acciones generales de responsabilidad, como es el caso de la acción social prevista en los artículos 134 LSA y 69 LSRL, dejando abierta la cuestión sobre la compatibilidad de las demás acciones de responsabilidad con el específico régimen concursal de responsabilidad de los administradores previsto en el artículo 172.3 PLC. Es el caso de la acción individual de responsabilidad (art. 135 LSA) y la responsabilidad sanción de los artículos 262.5 LSA y 105 LSRL, cuya compatibilidad con la responsabilidad concursal prevista en el citado artículo 172.3 PLC suscita ciertas dificultades (46).

En efecto, el Proyecto legitima a la administración judicial, como órgano del concurso, para ejercer las acciones de responsabilidad que puedan asistir a la sociedad contra los administradores, auditores o liquidadores, sin nece-

(45) En este sentido, el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial, pág. 37.

(46) Así, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dir. por García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., Dilex, Madrid, 2002, pág. 265.

sidad de acuerdo previo de la junta de socios y con independencia de la legitimación de la propia sociedad para el ejercicio de tales acciones contra los mencionados sujetos (art. 47.2 PLC) (47). Dicho precepto comprende, obviamente, la responsabilidad de los administradores, auditores o liquidadores prevista en la legislación de sociedades, por el daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados sin la diligencia exigible (arts. 133 LSA y 69 LSRL), por lo que dicha responsabilidad deberá apreciarse de conformidad con lo establecido en dichos preceptos (48).

Se señala como órgano competente para conocer de tales acciones al juez del concurso, ampliándose la jurisdicción prevista en el artículo 7 PLC (49).

v) Embargo anticipado de bienes de los administradores y liquidadores.

Uno de los efectos más severos, según dice la Exposición de Motivos, es que la ley permite el embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores desde la declaración de concurso, cuando exista la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (50). El embargo

(47) Cfr. lo dispuesto en este precepto con el artículo 57.1 del Anteproyecto de 1995, que atribuye legitimación exclusiva a los síndicos para el ejercicio de la acción social contra dichos sujetos, mientras en el texto vigente la legitimación se confiere a la administración judicial sin perjuicio de la conferida «a la persona jurídica deudora» (art. 47.2 PLC). Sobre las diferencias entre ambos textos y sus referentes en el Derecho comparado, vid. ALONSO UREBA, «La responsabilidad...», *ob. cit.*, págs. 273-278.

(48) Como se señala en el texto, la legitimación de la administración judicial no puede entenderse extensiva a las acciones de responsabilidad contra los administradores que sean legalmente responsables de las deudas sociales (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL), ya que las acciones a que se refiere el precepto son aquéllas que puede ejercitar la persona jurídica deudora y en la hipótesis cuestionada son los acreedores, no la sociedad, los que se pueden dirigir directamente contra los administradores para el cobro de las deudas sociales. Se aparta así de lo dispuesto en el artículo 57 del Anteproyecto de 1995, criticado por algunos autores en cuanto atribuye expresamente legitimación a los órganos del concurso para el ejercicio de las acciones mencionadas (vid. ALCOVER GARAU, «Consideraciones...», *ob. cit.*, págs. 486-487).

(49) Como señala PULGAR EZQUERRA, la competencia de los jueces mercantiles para conocer de tales acciones, frente a las ejecutadas por la sociedad de las que pueden seguir conociendo los jueces civiles, puede suscitar importantes problemas, por lo que esta previsión debería «replantearse» en la tramitación parlamentaria («El proyecto...», *ob. cit.*, pág. 6).

(50) La medida cautelar prevista en el Proyecto actual tiene su precedente inmediato en los artículos 25 y 27 de la propuesta de ALC/95, si bien existen algunas diferencias entre ambos textos. Así, mientras la propuesta de 1995 exige «que el concurso fuera necesario», y «que de lo actuado resulte que los medios propios de la persona jurídica son insuficientes para satisfacer todas las obligaciones», cuando además «fuera manifiesto que habían incumplido el deber de solicitar la declaración judicial de concurso» (art. 25.1 y 2), en el Proyecto actual basta con que «resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas» (sobre ésta y otras diferencias entre ambos textos de reforma, vid. ALONSO UREBA, «La responsabilidad...», *ob. cit.*, págs. 271-272).

se acordará, de oficio o a instancia de la administración judicial, por la cuantía fijada por el juez, pudiendo ser sustituido por aval de entidad de crédito (art. 47.3 PLC) (51).

Lo dispuesto en este precepto debe entenderse en relación con el artículo 172.3 PLC, a cuyo tenor si el concurso hubiera sido calificado como culpable después de abrirse la fase de liquidación, la sentencia de calificación podrá condenar a los administradores o liquidadores a pagar a los acreedores el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa (52). De forma cuestionable, dicha responsabilidad se añade a las acciones comunes de responsabilidad, sin un esfuerzo previo de adaptación, lo que suscita una posible concurrencia de responsabilidades no fácil de armonizar (53). El embargo anticipado de los bienes previsto en el precepto citado permite garantizar el cumplimiento de una posible condena impuesta a los administradores de la sociedad.

vi) La nueva regulación acoge una norma clásica del Derecho concursal, al atribuir a la administración judicial, en el momento y cuantía que estime convenientes, la reclamación del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuese el plazo de vencimiento fijado, así como de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 47.4 PLC).

Según esta regla, el socio que no haya desembolsado su aportación en el momento del concurso, está obligado al pago de los dividendos pasivos dentro del límite de sus responsabilidades respectivas. Lo dispuesto en este precepto, al referirse de un modo expreso a la exigibilidad de las prestaciones diferidas, aun cuando no se encuentren vencidas, permite dar por superadas

(51) La propuesta de Anteproyecto de 1995 distingue entre la responsabilidad de los administradores o liquidadores que ostenten esta condición en el momento de la declaración de concurso y los que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores. En el primer caso, el embargo puede acordarse de oficio por el juez en caso de concurso necesario e insuficiencia de los medios propios para satisfacer las obligaciones, mientras en el segundo sólo puede hacerse a instancia de los síndicos o comisión de acreedores, cuando además de las circunstancias anteriores fuera manifiesto el incumplimiento del deber de solicitar la declaración judicial de concurso (cfr. art. 25 ALC/95). Sobre lo dispuesto en este precepto, vid. PULGAR EZQUERRA, J., «La propuesta...», *ob. cit.*, pág. 464.

(52) Sobre el precedente de dicho precepto en el PLC/95 y sus diferencias con el Proyecto actual (aunque las referencias se hacen al Anteproyecto), vid. ALONSO UREBA, «La responsabilidad...», *ob. cit.*, págs. 271-272.

(53) Así, PULGAR EZQUERRA estima excesiva la responsabilidad-sanción concursal impuesta a los administradores por dicho precepto, en cuanto se añade a la responsabilidad preconcurso prevista en los artículos 262.5 LSA, y sugiere su «replanteamiento» en los debates parlamentarios del Proyecto («El proyecto...», *ob. cit.*, pág. 6). Sobre las dificultades que suscita la compatibilidad de las acciones societarias de responsabilidad con la responsabilidad concursal de los administradores ex artículo 172.3, vid. el estudio de ALONSO UREBA, «La responsabilidad...», *ob. cit.*, págs. 279-304.

las dificultades interpretativas que suscita el artículo 925 del Código de Comercio en el Derecho vigente. La exigibilidad inmediata de las aportaciones parece fundarse en la necesidad de integrar en su totalidad y sin dilaciones el patrimonio social.

Por otra parte, el Proyecto, a diferencia del artículo 926 del Código de Comercio, no prevé la compensación de las aportaciones sociales de los socios con los créditos que ostenten frente a la sociedad, lo que induce a pensar que dicha compensación no se permite.

vii) Constituye una novedad importante, la regulación de los efectos de la declaración del concurso de una sociedad sobre los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la misma (art. 47.5 PLC).

Como es sabido, en el Derecho vigente rige la regla de que la insolvencia de las sociedades colectivas y comanditarias se comunica de forma automática a los socios ilimitada y subsidiariamente responsables de las deudas sociales (cfr. art. 923 y 237 del Código de Comercio).

El Proyecto atribuye a la administración judicial, como órgano del concurso, la legitimación exclusiva para ejercitar las acciones correspondientes, aunque dicha reclamación no podrá ejercitarse sino hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social. Como señala la propia Exposición de Motivos, con ello se pretende evitar la extensión automática del concurso a personas que pueden ser solventes, así como las reclamaciones individuales de los acreedores contra los socios. Así, las novedades introducidas por dicho precepto son las siguientes: de una parte, la supresión de la quiebra automática de los socios, sin perjuicio de que los acreedores sociales, a través de la administración judicial, puedan dirigirse contra ellos para cobrar sus créditos cuando concurren las circunstancias previstas en la norma; de otra parte, pese a la no extensión del concurso a los socios, la legitimación de un órgano del concurso para el ejercicio de las acciones que competen a los acreedores de la sociedad contra los socios (54).

Con carácter preventivo, el juez puede ordenar el embargo de los bienes de los socios en la cuantía que estime conveniente, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se puede sustituir, a petición del interesado, por aval de entidad de crédito (55).

De todos modos, el Proyecto actual no recoge algunos aspectos relativos a las personas jurídicas previstos en otras propuestas de reforma; es el caso

(54) Sobre este punto, vid. PULGAR EZQUERRA, «El proyecto...», *ob. cit.*, pág. 6.

(55) A juicio del Consejo de Estado, esta previsión plantea una cierta «*inconcreción temporal*», a diferencia del apartado tercero relativo a la responsabilidad de los administradores y liquidadores de la sociedad, que concreta un plazo de dos años anterior a la fecha de la declaración del concurso («Dictamen...», *ob. cit.*, págs. 66-67).

de la llamada «*extensión subjetiva a todos los verdaderamente implicados en la crisis*» (56).

4. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA APROBACION DEL CONVENIO Y DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACION

Las limitaciones mencionadas en los apartados anteriores, como los demás efectos de la declaración de concurso, cesan con la aprobación judicial del convenio, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el mismo (art. 132.2 PLC).

La situación del concursado en la fase de liquidación será la de la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos en el Título III, en cuanto no se opongan a las específicas de la liquidación (arts. 144.1 y 146 PLC).

En todo caso, la conclusión del concurso determinará el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia de calificación (art. 177.1 PLC).

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil e Hipotecario
de la Universidad de Deusto

(56) Este efecto estaba previsto en el Anteproyecto de Ley concursal de 1983 (sobre este aspecto, vid. ARROYO MARTÍNEZ, I., «La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 131).

La prelación entre el retracto de colindantes de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias y el Retracto Arrendaticio Rústico

SUMARIO: 1. PRESUPUESTOS CRITICOS.—2. LA INTERPRETACION DEL DERECHO POSITIVO A LA LUZ DEL ESPIRITU Y FINALIDAD DE LAS NORMAS, EN RELACION CON LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO EN QUE HAN DE SER APLICADAS: A) INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS QUE REGULAN CADA UNO DE LOS RETRACTOS LEGALES. B) INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE RESUELVEN LA COLISIÓN ENTRE DISTINTOS TIPOS DE RETRACTO LEGAL.—3. FUNDAMENTO DEL RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO Y DE LOS RETRACTOS DE COLINDANTES REGULADOS EN EL CODIGO CIVIL Y EN LA LMEA: A) FUNDAMENTO DEL RETRACTO ARRENDATICIO RÚSTICO. B) FUNDAMENTO DEL RETRACTO DE COLINDANTES DEL ARTÍCULO 1.523 DEL CÓDIGO CIVIL. C) FUNDAMENTO DEL RETRACTO DE COLINDANTES REGULADO EN EL ARTÍCULO 27 LMEA.—4. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PREFERENCIA DEL RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO.—5. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA PREFERENCIA DEL RETRACTO DE COLINDANTES REGULADO EN LA LMEA Y CONCLUSION FAVORABLE A LA MISMA.—6. ANALISIS DE LA SAP DE VALENCIA, DE 19 DE OCTUBRE DE 2000 (*).

1. PRESUPUESTOS CRITICOS

I. *Planteamiento.*—Un problema de colisión de derechos; la falta de una regla expresa de solución del conflicto en nuestro ordenamiento jurídico; y la valoración de los intereses en juego como criterio básico para llegar a una solución. En torno a estos ejes gira el presente artículo.

(*) Este artículo se inscribe en el Proyecto de Investigación PB98-0591, financiado por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología (CICYT).

II. *Coexistencia del retracto de colindantes de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias con el regulado en el artículo 1.523 del Código Civil.*—La Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA) introdujo en el ordenamiento jurídico español un nuevo retracto legal de colindantes (art. 27 LMEA), que se sumó al tradicional del Código Civil (arts. 1.523 y sigs. del Código Civil). Desde entonces coexisten como figuras independientes.

Aunque todavía no se ha creado un verdadero cuerpo de jurisprudencia relativa a esta Ley agraria, hay ya algunas sentencias de Audiencias Provinciales que la aplican. En ellas se afirma la sustantividad propia del retracto regulado en el artículo 27 LMEA, frente al de asurcanos del Código Civil.

En la **SAP de Navarra de 14-V-98** se resolvió el recurso contra una sentencia que había estimado el retracto ejercitado por el demandante con base en el artículo 1.523 del Código Civil. La apelante recurrió por entender que la figura establecida en el artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre modernización de explotaciones agrarias, ha complementado la regulación del retracto de colindantes del Código Civil (arts. 1.523 y sigs.), de modo que para llevar a cabo éste es preciso cumplir los requisitos de ambas regulaciones.

La sentencia de la Audiencia, que confirmó la de primera instancia, descartó radicalmente esta tesis y declaró la coexistencia de ambos retractos de colindantes como figuras independientes en el ordenamiento jurídico (1), lo cual se demuestra, según la sentencia,

(1) Establece: «(...) la regulación del retracto de colindantes en la citada Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias no modifica para nada la regulación del Código Civil. Actualmente existen dos retractos de colindantes, el regulado en los artículos 1.523 y siguientes del Código Civil, que sólo exige que se trate de fincas rústicas y que la finca vendida no exceda de una hectárea; y el establecido en el artículo 27 de la Ley 19/1995, que se aplica en caso de que el retrayente sea titular de explotaciones prioritarias. Aquél debe ser ejercitado en un muy breve plazo, de nueve días (plazo declarado constitucional por STC 54/1994, de 24 de febrero [RTC 1994/54]) mientras que éste tiene un plazo de ejercicio de un año.

Precisamente la coexistencia de ambos plazos es algo querido por el legislador. La regulación del retracto de este tipo en el Código Civil somete su ejercicio a un plazo demasiado breve, y en esa medida no favorece demasiado tal actuación. Por eso, y para permitir ese retracto cuando nos hallemos ante explotaciones agrarias prioritarias, cuya existencia y mantenimiento se quiere incentivar en la actual política agrícola, la Ley de 1995 añade esta segunda posibilidad de retracto con un plazo mucho más largo y proporcionado de un año. Ambos retractos manifiestan una política agraria de lucha contra el minifundio, aquél con un ámbito más general, y éste más específico. El de la Ley 19/1995 hace referencia a la explotación agraria prioritaria, a diferencia del retracto del Código Civil, que se ciñe a cualquier caso de propiedad de fincas rústicas; aquél toma en consideración la unidad mínima de cultivo como requisito, mientras que el del Código Civil se basa en que la finca retraída no exceda de una hectárea. Son, por todo ello,

por varias razones: «En primer lugar, la Ley 19/1995 no derogó expresamente, ni consideró modificados, los artículos 1.523 y siguientes del Código Civil, mientras que sin embargo sí deroga la figura de retracto de colindantes regulada en el artículo 45 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 (...) (2). Esta derogación expresa del último precepto citado muestra bien a las claras que si se hubiera querido igualmente derogar o modificar la regulación del Código Civil se habría dicho expresamente.

En segundo lugar, en los trabajos preparatorios de la que sería la Ley 19/1995, se barajó la opción de mantener la regulación del Código Civil o de derogarla (...). A falta de derogación expresa, debe entenderse que en esa opción se ha tomado la vía de mantener vigente el sistema de retracto de colindantes del Código Civil» (Fundamento de Derecho Tercero).

En el caso de autos de la **SAP de Soria de 1-IX-98**, el demandante interpuso acción de retracto con base en el artículo 27 LMEA, de la que salió triunfante. El Tribunal declaró en el Fundamento de Derecho Segundo: «En el presente procedimiento se ejercita retracto legal de colindantes en base a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 4-7-1995, que en su artículo 27 concede el derecho de retracto a los propietarios de fincas colindantes, que sean titulares de explotaciones prioritarias, cuando se trata de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo, siendo el plazo de ejercicio de un año a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo previa notificación fehaciente, en cuyo caso será de sesenta días desde esa notificación.

(...) la propia ley recoge en su Exposición de Motivos el objetivo fundamental de esa específica regulación es (sic) corregir aquellos

retractos distintos con una regulación diferente, si bien ambos con una misma finalidad» (Fundamento de Derecho Segundo).

(2) La LRDA, sustituyendo a la Ley de 15 de julio de 1954, sobre fijación de unidades mínimas de cultivo, permitía a los dueños de fincas colindantes con otras de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, adquirir éstas por su justo precio cuando, con ocasión de dividir la finca contigua, se hayan producido, a consecuencia de tal partición, unidades inferiores a la mínima. Sin embargo, la doctrina, en general, no consideraba este mecanismo como un verdadero retracto de asurcanos. Señala CABALLERO LOZANO («El retracto de colindantes en la Ley de modernización de las explotaciones agrarias», en *RCDI*, enero-febrero, 1996, núm. 632): «(...) fue instituido con carácter sancionatorio, lo que llevó a la doctrina a excluirlo como auténtico retracto de colindantes. El interés de este último retracto (se refiere a la figura de la LRDA) es puramente académico, ya que, aparte de su escaso ejercicio en la práctica, ha sido derogado por la Ley objeto de este comentario...». Véanse las notas 17 y 18, pág. 71, de la citada obra.

desequilibrios y deficiencias estructurales que condicionan la competitividad de las explotaciones agrarias proponiendo medidas, dada la insuficiente dimensión de muchas explotaciones, y utilizando como referencia básica el concepto de explotación prioritaria, definida por criterios subjetivos ligados al titular y otros de carácter objetivo, con la finalidad de conseguir su viabilidad económica y justifique la posible consecución de apoyo público».

La Audiencia concluyó considerando «*al actor en este procedimiento, verdaderamente legitimado para instar el retracto en base a la ley invocada, y que prevalece como especial a la propia regulación que al respecto se recoge en el Código Civil*». Esta última afirmación sugiere una reflexión. Si lo que ha querido decir la Audiencia de Soria es que la LMEA, en cuanto ley especial ha derogado tácitamente el artículo 1.523 del Código Civil, sustituyendo su régimen por el que ella misma desarrolla, estimo que el juzgador no ha estado muy acertado. Otra cosa es que la citada sentencia haya querido aludir a la preferencia del retracto de la LMEA sobre el del Código Civil en caso de concurrencia (lo que presupone la vigencia de ambos en el ordenamiento español). A esta relación de jerarquía me referiré más adelante.

También resolvieron demandas de retracto al amparo del artículo 27 LMEA, la **SAP de Palencia de 10-XI-98** (3); la **SAP de Avila**

(3) En primera instancia se desestimó la demanda en la que se pretendía ejercitar derecho de retracto con base en la LMEA, sin entrar en el fondo del asunto al apreciar la concurrencia de la excepción de caducidad planteada por el demandado. Apelada la sentencia, la Audiencia de Palencia declaró haber lugar al recurso y reconoció el derecho a retraer la finca litigiosa por el demandante.

Lo que me interesa destacar en este momento es que en la citada sentencia se trata al retracto de la LMEA como una figura autónoma y diferente a la del artículo 1.523 del Código Civil.

Al margen de esto, se utiliza para resolver el caso una argumentación que en algún punto resulta sumamente criticable. Tendré ocasión de volver sobre ello, pero deseo adelantar algo: El comprador demandado era el arrendatario de la finca. En el recurso alegó en su favor la preferencia que —según él— le concedía el artículo 94 LAR frente a quien ejercite retracto de colindantes, salvo que tanto la finca enajenada como la colindante tengan una extensión inferior a 1 Ha., de acuerdo con el tenor del citado precepto. La sentencia de la Audiencia declaró inaplicable al caso el artículo, pero lo hizo con base en un argumento muy discutible: considerar que ningún retracto arrendaticio se ha ejercitado en el presente procedimiento, por lo que carece de virtualidad práctica la argumentación que pretende la aplicación del artículo 94 LAR (Fundamento de Derecho Tercero). Digo que el argumento es discutible porque, como después señalaré, tanto si ambos sujetos, arrendatario y colindante, intentan ejercitar un derecho de retracto sobre la finca enajenada a un tercero, como si ésta se transmitió a uno de ellos y es el otro el que intenta retraerla, debe darse la misma solución al problema de prelación de derechos planteado entre ellos. La cuestión que se debate no es otra que determinar cuál de los dos tiene

de 22-X-99 (4); la **SAP de Valencia de 19-X-00** (5), que reitera, con cita expresa de la misma, la doctrina establecida en la SAP Navarra 14-V-98; y la **SAP de Burgos de 22-II-01** (6).

Por su parte, la doctrina se decanta unánimemente a favor de la coexistencia de ambos regímenes jurídicos. Se aducen diversos argumentos. Entre ellos, la falta de derogación expresa del artículo 1.523 del Código Civil; la diferencia de presupuestos de ambas figuras; y el carácter coyuntural de la LMEA (7).

preferencia a la hora de adquirir la propiedad de la finca rústica enajenada. Si la transmisión se produjo en favor de un tercero, el conflicto entre colono y asurcano se resuelve en una colisión de retractos. Si, por el contrario, la transmisión lo fue a uno de los sujetos antes citados, el conflicto lo es entre el adquirente y quien le opone un derecho de adquisición preferente, que se articula a través del retracto.

(4) De nuevo se trataba de dilucidar la existencia o no de un derecho de retracto de los del artículo 27 LMEA, cuya autonomía se reconoce. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia que declaraba tal derecho. La oposición del demandado descansaba básicamente sobre un argumento: negar al retrayente la condición de titular de explotación prioritaria, requisito básico del citado artículo 27. Se basaba para ello en que la inclusión en el catálogo de explotaciones prioritarias y la certificación de haber sido, calificada como tal por la Administración competente, eran de fecha posterior a la venta. La Audiencia consideró que ello carece de relevancia, siempre que en tal fecha se cumplan los requisitos de los artículos 4 a 6 LMEA, que son los que confieren la condición de explotación prioritaria; la citada certificación sólo es un medio para acreditar tal condición, pero no tienen carácter constitutivo.

Sobre el valor de la inclusión en el Catálogo de Explotaciones Prioritarias y de la certificación administrativa, me pronunciaré en el epígrafe 6.

(5) Tendré ocasión de comentar detenidamente esta sentencia en el último epígrafe del artículo.

(6) Una vez más se debatía en este litigio si concurría o no en el retrayente la condición de titular de explotación prioritaria. La titular de la explotación prioritaria colindante a la enajenada era una sociedad civil integrada por tres personas físicas. Dicha sociedad, según consta en la certificación expedida por el Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería, de la Delegación Territorial de Burgos, de la Junta de Castilla y León, fue incluida en el Catálogo de Explotaciones Prioritarias el 13 de marzo de 2000. La demanda de retracto se había presentado en el Juzgado el 27 de mayo de 1999. Por otra parte, los demandantes eran las tres personas físicas integrantes de la sociedad civil y no ésta —titular de la explotación prioritaria— a pesar de gozar de personalidad jurídica propia. Como consecuencia de todo ello, la Audiencia negó a los tres actores legitimación para promover el retracto.

(7) CABALLERO LOZANO, J. M., *ob. cit.*, pág. 77: «Si bien en algún momento se planteó la hipótesis de la derogación del artículo 1.523 del Código Civil, la Ley de Modernización guarda silencio al respecto, con lo que tácitamente se opta por la coexistencia de retractos. Las razones que justifican la consagración del nuevo retracto fuera del Código Civil son, primero, la referencia de la Ley a la *explotación agraria prioritaria* en vez de la propiedad, como hace el Código Civil; segundo, la consideración de la unidad mínima de cultivo como nuevo concepto a tener en cuenta en la finca susceptible de retracto; y, finalmente, no alterar formalmente el Código Civil, ya que codificar el nuevo retracto supondría retocar el artículo 1.524.I del Código Civil, precepto que afecta, asimismo, al retracto de comuneros».

Es este carácter coyuntural, en mi opinión, la razón básica de que el legislador no haya optado por derogar el artículo 1.523 del Código Civil y sustituir el retracto regulado en él por el de la Ley 19/1995. El futuro de ésta depende de la evolución de la Política Agraria Comunitaria y del éxito que logre la Ley de Modernización en la reforma de las estructuras agrarias españolas. Existe el riesgo de que suceda lo mismo que con la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, que quedó en papel mojado. Frente a ello, la estabilidad del Código Civil garantiza, mientras éste no sea modificado, la permanencia de la figura del retracto de colindantes como instrumento de reforma de las estructuras agrarias, aunque sea en términos que la evolución de la realidad social ha convertido, en gran medida, en anacrónicos.

Coexistencia pues, pero ¿en qué términos? Ha escrito CABALLERO LOZANO que se trata «de dos especies distintas de retracto de colindantes, en pie de igualdad, respecto del retracto legal en general; evidentemente no es una relación de Ley posterior respecto de Ley anterior, pues ni es tal la intención manifestada del legislador ni se aprecia el grado de incompatibilidad de regulaciones que constituye la base ineludible de la regla *lex posterior derogat lex anterior*» (8).

Por mi parte, admito que se trata de dos especies distintas dentro de un mismo género: el retracto de colindantes. Sin embargo, en caso de colisión, considero que debe prevalecer el retracto de la Ley agraria sobre el del Código Civil, por los motivos que luego expondré y que guardan relación con la *ratio legis* de ambas regulaciones.

III. *Colisión de derechos*.—Establecida la sustantividad propia del retracto regulado en la LMEA, hay que señalar que los derechos tutelados por esta Ley pueden entrar en colisión con los derivados de otras normas: en concreto, los derechos de acceso a la propiedad reconocidos en la Ley de Arrendamientos Rústicos en favor del arrendatario.

CORRAL DUEÑAS, F. («Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias —Ley 19/1995, de 4 de julio—», en *RCDI*, 1995, núm. 630, pág. 1785), tras afirmar la coexistencia de ambas figuras y preguntarse si no hubiera sido mejor modificar adecuadamente la del Código Civil en lugar de dar lugar a una duplicidad con otro precepto diferente sobre la misma materia, ofrece como explicación «el “respeto” al Código; éste —dice— es un Cuerpo estable y regula situaciones privadas, mientras que esta Ley tiene un contenido dinámico y económico, con finalidades muy definidas y concretas. En este momento se trata de obtener explotaciones rentables y competitivas con las de otros países de la Unión Europea; al decir en este momento no se puede disimular el carácter coyuntural de la Ley y por eso no parecía aconsejable reformar el retracto del Código.

No se trata ahora de defender o criticar la posible efectividad del retracto del artículo 1.523. Simplemente, decimos que al tratarse de situaciones y finalidades distintas, ha sido mejor diferenciar ambos retractos y dejar a cada uno en su ámbito respectivo».

(8) *Ob. cit.*, págs. 77-78.

Así sucederá cuando ante la enajenación de una finca se produzca un conflicto de retrayentes que basen su derecho, uno en la LAR y otro en la LMEA. O cuando el comprador de la finca esté tutelado por una de estas dos leyes y el retrayente por la otra.

La misma solución que se dé a la prelación entre el retracto arrendaticio rústico y el de colindantes de la LMEA, servirá para resolver el conflicto cuando el comprador de la finca sea el arrendatario de la misma y un colindante ejercite su derecho de retracto, o en la hipótesis contraria, en que este último sea el comprador y el arrendatario intente retraer la propiedad del fundo.

Ello es debido a que la cuestión que se debate no es otra que determinar quién tiene preferencia a la hora de adquirir la propiedad de la finca rústica enajenada: el que la tiene arrendada, o el colindante que cumpla ciertos requisitos. Si la transmisión se produjo en favor de un tercero, el conflicto entre colono y asurcano se resuelve en una colisión de retractos. Si, por el contrario, la transmisión lo fue a uno de los sujetos antes citados, el conflicto lo es entre el adquirente y quien le opone un derecho de adquisición preferente, que se articula a través del retracto.

A esta última hipótesis responde un caso que ha llegado recientemente a los Tribunales valencianos. Tras la venta de determinadas fincas rústicas a los arrendatarios de las mismas, cierta SAT, propietaria de una explotación declarada prioritaria por la Administración competente y contigua a las enajenadas, intentó retraerlas con base en el artículo 27 LMEA, a lo que se opusieron los arrendatarios-compradores, alegando que su derecho era preferente por aplicación del artículo 94 LAR. Volveré sobre este caso en el último epígrafe del artículo (9).

IV. *Claves de solución del conflicto.*—Los presupuestos de los que hay que partir para resolver el conflicto expuesto son los siguientes:

1. En primer lugar, un dato de Derecho positivo:

Cuando los derechos de adquisición en concurrencia son del mismo tipo (por ejemplo, dos comuneros intentan ejercitar retracto de comuneros; o dos colindantes, el retracto de colindantes del art. 1.523 del Código Civil; etc.), es fácil encontrar una regla expresa de solución del conflicto en el ordenamiento jurídico español (véanse los arts. 1.522, 2 y 1.523, 3 del Código Civil, o el art. 27, 2 y 3 LMEA, entre otros).

En cambio, cuando tales derechos pertenecen a especies distintas (por ejemplo, un retracto arrendaticio rústico y un retracto de colindantes; o un

(9) También se planteaba el conflicto entre el arrendatario-comprador de la finca y el colindante titular de explotación prioritaria, en la SAP de Palencia de 10-XI-98, antes citada. Véase la nota 3.

retracto de colindantes y otro de comuneros), el análisis del Derecho positivo arroja un balance muy diferente, puesto de relieve por la doctrina: En palabras de REBOLLEDO VARELA, «no existe una regla general sobre la jerarquía de los retractos de distinta naturaleza, en caso de concurrencia, sino sólo soluciones parciales en las que se hace necesario coordinar las disposiciones del Código Civil con la legislación especial, en concreto la arrendaticia» (10).

En este sentido, la única norma actualmente vigente que versa sobre la relación de preferencia entre el retracto arrendaticio rústico y el retracto de asurcanos es el artículo 94 LAR, que dispone: «*Los derechos establecidos en el presente capítulo serán preferentes respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, que prevalecerá sobre los derechos regulados en esta sección A) cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente.*».

2. En segundo lugar, una regla interpretativa que trataré de justificar en el siguiente epígrafe. La interpretación doctrinal y jurisprudencial de las normas que regulan los retractos, en especial las que se refieren a la colisión entre distintos tipos legales, es claramente superadora del tenor literal de aquéllas y adopta como criterio rector básico la *ratio legis* o finalidad perseguida por la norma y el espíritu que la informa.

Tal criterio se halla íntimamente ligado a lo establecido en el vigente artículo 3.1 del Código Civil, cuando señala que las normas se interpretarán en relación con «*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*».

2. LA INTERPRETACION DEL DERECHO POSITIVO A LA LUZ DEL ESPIRITU Y FINALIDAD DE LAS NORMAS, EN RELACION CON LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO EN QUE HAN DE SER APLICADAS

La interpretación de las normas reguladoras de los retractos legales debe hacerse básicamente a la luz del espíritu y finalidad de aquéllas, en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (cfr. art. 3.1 del Código Civil).

Esta afirmación encierra dos cuestiones diferentes: La primera, relativa a la interpretación de los preceptos que regulan cada uno de los retractos lega-

(10) REBOLLEDO VARELA, «Comentario al artículo 1.524», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de justicia, Madrid, 1991, pág. 1017.

les. La segunda, a la de las normas que resuelven la colisión entre distintos tipos de retracto legal.

A) INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS QUE REGULAN CADA UNO DE LOS RETRACTOS LEGALES

Debe realizarse, fundamentalmente, de acuerdo con la *ratio legis* de las normas, con su espíritu y finalidad, lo que lleva a la jurisprudencia y a la doctrina a soluciones claramente superadoras del tenor literal de aquéllas en las que resultan determinantes las circunstancias del caso concreto. Tal proceder se aprecia de un modo muy especial en la aplicación de las normas sobre retracto de colindantes por los Tribunales (11). Son frecuentes afirmaciones del tenor siguiente:

«La finalidad del retracto de colindantes es la de reconstruir la propiedad rústica agrupando predios minifundistas, por lo que se establece en beneficio de un interés público y social antes que del privado de los particulares, y a esta luz debe interpretarse el artículo 1.523 del Código Civil» (STS de 23-II-82) (12).

«Las normas se deben interpretar, según el número 1 del artículo 3.º del Código Civil, “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad” de las mismas, habiendo este Tribunal recordado en buen número de sentencias que la finalidad del retracto de colindantes, como manifiesta la E. de M. CC., es facilitar con el transcurso del tiempo “algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de riqueza”; finalidad la expresada que sí debe presidir la interpretación del artículo 1.523 del Código Civil que regula el retracto de esta clase y que, como los demás legales, son limitaciones de la propiedad a modo de cargas de derecho público, pues, aunque puedan redundar en provecho de los particulares, están motivadas por el interés general, ha de orientar asimismo

(11) Así lo ha constatado la doctrina. Escribe REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 1012: «Los requisitos para el ejercicio de este retracto, aparentemente, aparecen con meridiana claridad en la norma y, sin embargo, lo primero en resaltar es que pueden cumplirse tales requisitos formales y no haber lugar al retracto, pues el artículo 1.523 es la típica norma en cuya aplicabilidad el TS ha aplicado con contundente vigor el criterio interpretativo del espíritu y finalidad de las leyes recogido actualmente en el artículo 3.1.º del Código Civil con referencia a la E. de M. de la edición reformada del Código Civil». Incide en la misma idea BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 287 y sigs.

(12) El comprador demandado había adquirido varias parcelas de pequeñas dimensiones, agrupándolas en una unidad de explotación, con lo que ya se había cumplido con la finalidad de remediar el minifundio, por lo que el retracto fue desestimado.

su aplicación a cada caso concreto, a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador» —STS de 29-X-85 (13), cuya doctrina se reitera literalmente en las SSTs de 22-I-91 (14) y 18-IV-97 (15)—.

«La jurisprudencia de esta Sala establece que la justificación del retracto de colindantes viene a ser de interés público a fin de que evitar la excesiva división de la propiedad y no la de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares (sentencias de 25-11-1895, 11-2-1911, 5-6-1945, 17-12-1958 y 31-5-1959), prevaleciendo el interés de la agricultura, y esta finalidad es la que debe presidir la interpretación del artículo 1.523 del Código Civil, por lo que esta clase de retracto actúa como carga de derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general (sentencia de 22-I-1991)» (STS de 12-II-00) (16).

Con base en esta idea, la jurisprudencia ha llegado, entre otras, a las siguientes conclusiones:

a) Aun cuando se cumplan todos los requisitos formales exigidos por el artículo 1.523 del Código Civil, la acción de retracto no debe prosperar si su ejercicio resulta contrario a los fines de la institución; esto es, si con él no se satisface el interés en evitar o suprimir el minifundio, sino sólo o de modo preponderante los intereses particulares del retrayente.

Para valorar esto, los Tribunales tienen en cuenta circunstancias sobre las que no existe exigencia expresa en el artículo 1.523 del Código Civil: las características de la finca del retrayente; el hecho de que el comprador contra quien se intenta el retracto haya integrado las fincas en una «unidad de explotación» mayor; el que aun cuando con el retracto se consiga la reunión de dos fincas de pequeñas dimensiones, el ejercicio de aquél esté motivado por finalidades especulativas ajenas al destino agrario de los fundos; el dato de que el retrayente, por su profesión, se dedique o no a actividades agrarias; etc.

(13) El TS casó la sentencia de la Audiencia y desestimó el retracto de colindantes promovido, dado que la finca enajenada no revestía el carácter de rústica; además, la parte retrayente explotaba la finca de su propiedad mediante tenerla cedida a tres aparceros o colonos diferentes, y el precio consignado en la escritura difería mucho del real.

(14) El TS desestimó el recurso de casación contra la sentencia que había denegado el retracto de colindantes pretendido por el actor, por considerar que, teniendo en cuenta la finalidad de este tipo de retractos, no es estimable el de autos al darse la colindancia sólo por algunos puntos, por existir una finca intermedia del mismo dueño de la retraída.

(15) Se debatía en el caso de autos el carácter rústico de las fincas implicadas. Al negarse aquél, fue desestimado el retracto.

(16) El TS desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que confirmaba la de primera instancia, en el sentido de desestimar la demanda de retracto promovida. La superficie de la finca enajenada era superior a una hectárea. El actor pretendía sustituir la medida establecida en el artículo 1.523 por la derivada normativa de la LRDA sobre unidades mínimas de cultivo, que se encontraba fijada para la zona en una hectárea y media, lo que rechazó el TS.

Veamos algunos ejemplos:

En la **STS de 19-X-81** se desestimó el retracto debido a que la finca enajenada, a pesar de tener el carácter de rústica, por sus características no era susceptible de integrarse con la colindante en una unidad de explotación: *«Desestimada la acción de retracto de colindantes del artículo 1.523 del Código Civil con fundamento en que la finca objeto de la litis no es susceptible de integrarse en otra para constituir una sola de mayor cabida e idéntico destino en contra del minifundio, que es la finalidad perseguida por aquel precepto, o puede combatirse la sentencia alegando la violación de la doctrina legal que interpreta el artículo 1.523 del Código Civil, distinguiendo entre finca rústica y urbana, pues, cualquiera que sea la calificación de la finca en cuestión, no se produciría el resultado perseguido por aquel precepto, ya que se trata de una explotación hidráulica (consistente en un estanque con equipo de bombeo, compresores y bridas para tubería), cuya integración en una finca rústica colindante nunca respondería a los fines y resultancias reales y prácticas a las que obedece el retracto de colindantes o asurcanos».*

En la **STS de 23-11-82**, antes citada, de acuerdo con la interpretación teleológica del precepto, el TS confirmó la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda de retracto, por cuanto *«la sentencia impugnada resuelve sobre la base de que el comprador demandado por retracto de colindantes ha constituido una “unidad de explotación agrícola” entendida ésta en su sentido vulgar de unidad de cultivo de unas fincas rústicas colindantes y otras próximas, y resulta ilógico deshacer esa unidad de explotación para unir una sola de esas fincas a las del retrayente, sin ventaja económico-social apreciable, puesto que el comprador demandado cumplió el fin de remediar el minifundio agrupando pequeños predios rústicos».*

La **SAP de Zaragoza de 18-II-98** declaró: *«El fundamento de la institución es poner fin al minifundismo, de manera que tal remedio sólo debe prosperar cuando con el mismo se consigue la reunión de dos fincas rústicas pequeñas, mejorando con ello el rendimiento agrícola (...) Por eso no se admite el retracto cuando con el mismo se pretende, al margen de esa finalidad del legislador, el mero aprovechamiento conseguido por el nuevo adquirente con ocasión de la compraventa, y, mucho menos, cobijarse en el retracto de colindantes como amparo de operaciones especulativas».* En ambas instancias se desestimó la acción de retracto al negar carácter rústico a la finca.

La **SAP de Santander de 25-III-1998**, tras reiterar la jurisprudencia que propugna la interpretación teleológica del artículo 1.523, señaló: *«La finalidad de interés público de mejorar la producción agrícola debe presidir la interpretación y aplicación del precepto (...), de tal forma que la aplicación del artículo 1.523 del Código Civil a cada caso concreto requiere no sólo la constatación de los requisitos formales que el mismo contempla, sino la constancia de que la efectividad formal del retracto pretendido es coincidente con el resultado querido por el legislador. De ahí que el interés particular del retrayente, tan digno de abstracta consideración como el del titular de la finca que se retrae, no sea el único prisma desde el que deba abordarse los supuestos del retracto de colindantes. El interés particular del retrayente ha de coincidir con el interés público que preside la norma, y tal ausencia de coincidencia obligaría a la desestimación del retracto pese a que puedan cumplirse los requisitos formales del artículo 1.523 del Código Civil»*. En primera instancia había triunfado el retracto; pero la Audiencia estimó el recurso de apelación. Se basó en que a pesar de satisfacerse todos los requisitos formales del artículo 1.523, incluido el carácter rústico de la finca del retrayente, la proximidad de ésta a una autovía generaba unas expectativas económicas ajenas a cualquier consideración agrícola, que, a juicio de la Sala, constituían el verdadero motivo de que se hubiese intentado retraer tal finca, lo que se aparta de la finalidad perseguida por el artículo 1.523 del Código Civil.

La **SAP de Logroño de 13-IX-98** concluyó en la misma línea: *«El retracto que se ejercita sobre los predios colindantes sólo prospera cuando mediante su ejercicio se consiga la reunión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola. Por ello es posible cumplir los requisitos del artículo 1.523 del Código Civil y ver frustrada la acción de retracto cuando se persigue un interés particular del retrayente y no se satisface el interés público que persigue la misma (...) Por encima del cumplimiento de los requisitos formales para la estimación del retracto de colindantes debe hacerse una interpretación teleológica del precepto, analizando los fundamentos y finalidad del precepto legal y de la institución en sí misma»*. En primera instancia se desestimó la acción de retracto por considerar que *«dada la actividad profesional del actor (no se dedicaba a la agricultura) no ha quedado suficientemente acreditada la finalidad que con el retracto se persigue»*. La Audiencia confirmó la sentencia apelada con base en el anterior argumento y porque el comprador iba a explotar las fincas adquiridas como unidad de cultivo.

La dedicación del retrayente a la agricultura es también exigencia que se puede rastrear en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: por ejemplo, en las **SSTS de 18-III-86 y 14-IX-91**.

b) A la hora de calificar las fincas implicadas como rústicas, requisito sin el que no puede prosperar la acción de retracto del artículo 1.513 del Código Civil, se atiende precisamente al espíritu y finalidad que lo informan.

Así, por ejemplo, en la **STS de 29-X-85**, antes citada, el Tribunal consideró que *«no se advierte la presencia de la finalidad de extinguir minifundios inexplorables si, por un lado, la parte retrayente explota la finca de su propiedad y que sirve de soporte a la acción retractual, mediante tenerla cedida a tres colonos o aparceros distintos, y de otra, la finca que se trata de retraer consta fundamental y principalísimamente de una casa de valor en venta no inferior a los tres millones de pesetas, siendo el valor de todo el suelo, o sea, del ocupado por la misma, más las otras construcciones existentes, más el suelo destinado a otros fines y los 3.493 metros cultivados, el de 2.500.000 pesetas»*. Ello le llevó a concluir la falta del carácter rústico de la finca enajenada, lo que constituyó uno de los motivos de que se desestimara la demanda de retracto.

c) En tercer lugar y de nuevo en atención a la finalidad perseguida por el retracto de colindantes, la jurisprudencia atiende al precio real y no al que figura en la escritura. Aquél es el que ha de reembolsar el retrayente al comprador de la finca. En realidad, la prevalencia del precio real sobre el escriturado opera en general en todos los retractos legales y no sólo en el de colindantes. Pueden verse las **SSTS de 28-VI-96 ó 12-VI-84**, entre muchas otras, sobre retracto arrendaticio rústico.

Si prevaleciera el precio declarado en la escritura, cuando fuera muy superior al real, se entorpecería el retracto y quedaría frustrada la finalidad que con él se persigue. Si, por el contrario, fuese muy inferior al de mercado y al realmente satisfecho (lo que es práctica habitual inducida por la tentación de defraudar las normas fiscales), se produciría enriquecimiento injusto del retrayente, lo que no se haya amparado por la finalidad social del retracto.

En este sentido, declara la **STS de 29-X-85**: *«(...) oponiéndose la jurisprudencia a que la finalidad social del artículo 1.523 del Código Civil sea eliminada haciendo figurar en la escritura un precio más elevado que el real, a fin de burlarlo o hacer más gravoso el retracto, y de otra parte, a que ocasione por ser escandalosamente inferior al valor real de la finca retraída, un enriquecimiento que nada tiene que ver con la finalidad de aquél»*.

B) INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE RESUELVEN LA COLISIÓN
ENTRE DISTINTOS TIPOS DE RETRACTO LEGAL

En cuanto a la prelación entre los distintos tipos de retracto regulados en las normas, depende de cuál sea el interés, tutelado en cada uno de ellos, que se considere preferente.

Baste para ilustrar esta idea la polémica suscitada bajo la regulación anterior a la LAR de 1980, acerca de la relación jerárquica entre el retracto arrendaticio rústico y el de colindantes. Al margen del tenor literal de las normas, la doctrina se esforzaba en determinar cuál de entre los intereses protegidos era el de mayor entidad, de lo que dependería la solución (17).

Por otra parte, la prelación de los intereses tutelados, que determina la de los retractos correspondientes, es una cuestión cambiante en tanto que sujeta a la evolución de la realidad social en cuyo contexto debe resolverse la citada colisión. De modo que en este punto cobra especial protagonismo el criterio sociológico definido por el artículo 3.1 del Código Civil, que obliga a atender a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas.

Los cambios que afectan a la valoración de los intereses protegidos por las distintas categorías de retractos legales desde que se promulgó el Código Civil han sido realmente profundos. No hay más que pensar en el distinto juicio que merecería la tutela de un interés social frente al particular del propietario en la época de la codificación o bajo un Estado social de Derecho. Al análisis de esta cuestión se dedica el epígrafe siguiente.

(17) En esta línea, y con referencia a los arrendamientos protegidos, CANO se decantaba en favor de la superioridad de éstos, ya que en tales casos «el interés jurídico protegido con el retracto de colindantes es de menor entidad que el atribuido al arrendatario, lo que se explica porque este último nace en la época de un Derecho de inspiración socializadora y de concepción dinámica» (CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *Colisión entre derechos de adquisición preferente*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 156).

Que la valoración de los intereses en juego ha sido tradicionalmente determinante a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico para establecer la prelación entre los distintos retractos legales, queda patente en la mayor parte de los análisis doctrinales sobre la materia. Además del autor citado, pueden verse, entre otros: FAUS, «Jerarquía de retractos y preferencia de retrayentes», en *La Notaría*, LXXX, julio-septiembre, 1945; GIL-ROBLES, J. M., y GIL-DELGADO, *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, págs. 260-261; CORRAL DUEÑAS, F., *ob. cit.*, págs. 1788-1789; CABALLERO LOZANO, J. M., *ob. cit.*, pág. 86 (con referencia tan sólo a la prelación entre el retracto de colindantes del Código Civil y el de la LMEA); AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 397.

3. FUNDAMENTO DEL RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO Y DE LOS RETRACTOS DE COLINDANTES REGULADOS EN EL CODIGO CIVIL Y EN LA LMEA

A) FUNDAMENTO DEL RETRACTO ARRENDATICIO RÚSTICO

El reconocimiento del retracto arrendaticio es resultado de la evolución del derecho de propiedad privada desde la concepción liberal que inspiró el Código Civil hasta la concepción social reflejada en la Constitución de 1978 y en diversas leyes especiales pre y postconstitucionales.

El Código Civil, de acuerdo con su inspiración en la filosofía liberal-burguesa, no reguló el derecho de acceso del arrendatario a la propiedad de la tierra. Tan sólo ordenó el retracto de comuneros y el de colindantes. Con el primero se perseguía evitar la entrada de personas extrañas a la comunidad y favorecer la paulatina desaparición de esta situación, considerada indeseable. El segundo se introdujo como una tímida medida en pro de la reforma de las estructuras agrarias, con la finalidad de hacer desaparecer los minifundios improductivos y sólo en el caso de explotaciones muy pequeñas.

La doctrina está de acuerdo en que el reconocimiento del derecho del colono a acceder a la propiedad de la tierra a través de derechos de adquisición preferente, es fruto del paso de una filosofía liberal a otra en la que se van introduciendo principios sociales (18).

Uno de los cambios a que dio lugar la citada evolución afecta a la relación entre empresa y propiedad. Puede decirse que en la actualidad la propiedad de los medios de producción, en concreto la propiedad rústica, es un elemento al servicio de la empresa (en este caso, la empresa agraria), frente a la relación inversa de subordinación típica de la época de la codificación, en que la empresa era sólo un posible modo de ejercitar la propiedad (19).

La relevancia de la empresa frente a la consideración estática de la propiedad explica que se facilite al empresario (arrendatario) el acceso a la propiedad de uno de los elementos esenciales de la empresa (la tierra).

En este contexto se entiende una afirmación que se ha convertido en lugar común en los análisis doctrinales: Los derechos de adquisición preferente reconocidos en favor del arrendatario por la legislación especial persiguen fundamentalmente el acceso a la propiedad de la tierra de quien la trabaja.

Ahora bien, la tutela brindada al arrendatario a través del reconocimiento de estos derechos, se circunscribe al arrendatario modesto.

(18) Los hitos normativos que reflejan esta evolución en el ámbito del arrendamiento rústico pueden verse resumidos en AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *ob. cit.*, págs. 337 a 339.

(19) Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 88 y sigs.

En primer lugar, quienes tengan arrendadas superficies que superen la extensión marcada por el artículo 1.8 LAR quedan excluidos de la consideración de arrendatarios rústicos a los efectos de esta Ley y, por tanto, no gozan de los derechos de adquisición regulados en la misma.

Además, la limitación de la facultad de disposición del propietario, que supone necesariamente todo retracto, no se entiende justificada cuando el arrendatario es a la vez propietario de fincas rústicas de cierta envergadura. Esta es la idea que informa el artículo 97 LAU, según el cual: «*Los arrendatarios que sean propietarios de más de 20 hectáreas de regadío o de 200 de secano en territorio nacional no podrán ejercitar ninguno de los derechos de adquisición que establecen los artículos anteriores*». Su antecedente normativo se encuentra en el artículo 16 de la Ley de 1935. En la tramitación de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos se presentó una enmienda en la que se solicitaba la supresión del artículo 97, pero no prosperó.

La **SAP de Toledo de 19-I-99** (20) declara: «*No es posible acceder a la propiedad a través del derecho de retracto por aquellos que sean propietarios de grandes explotaciones, como es lógico dada la naturaleza y finalidad de la ley, así como de la propia institución del retracto, en modo alguno encaminado a proteger a los grandes propietarios, pues no debe olvidarse que la imposibilidad de retraer abarca a todo el que sea propietario, en la cantidad de hectáreas que se señalen para cada tipo de labor en todo el territorio nacional —art. 97 LAR—*».

De lo anterior se deduce que no se trata sólo de que la tierra sea para quien la trabaja: el empresario agrícola. Esto es cierto, pero con un matiz. En el enfrentamiento entre el interés del colono en acceder al dominio de la finca, ligado a la función social de la propiedad, y el interés del propietario en conservar la libre disposición de aquélla, el primero sólo prevalece cuando el arrendatario no es ya, por otra vía, propietario o arrendatario de una superficie rústica considerable. Con lo que los derechos de retracto arrendaticios no sólo quedan ligados a la virtud, en sí misma considerada, de que se reúnan en la misma persona propiedad de la tierra y titularidad de la empresa agraria, lo que repercutirá en la mejora de ésta, sino también al interés general en que el mayor número de personas puedan acceder a la propiedad de los medios de producción. De ahí que cuando el arrendatario ya es propietario de otras fincas rústicas que suman una extensión suficiente para considerar satisfecho

(20) La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la resolución que le impedía acceder a la propiedad a través del derecho de retracto, por ser titular de una gran explotación agrícola de extensión superior a la establecida por el artículo 97 LAR.00.

este último interés, el artículo 97 LAR le excluye de los derechos de adquisición preferente.

Desde este punto de vista entiendo que los derechos de adquisición preferente reconocidos en favor del arrendatario están ligados no sólo al artículo 33.2 CE, que consagra la función social como criterio al que debe atender el legislador para delimitar el contenido del derecho de propiedad, sino también al artículo 129.2 CE: *«Los poderes públicos (...) establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción»*.

B) FUNDAMENTO DEL RETRACTO DE COLINDANTES DEL ARTÍCULO 1.523 DEL CÓDIGO CIVIL

La figura del retracto de colindantes, en las distintas modalidades vigentes hoy en el Derecho español, es un instrumento de reforma de las estructuras agrarias. Trata de paliar los problemas derivados de las reducidas dimensiones de las fincas rústicas que repercuten en la falta de rentabilidad o modernización de las explotaciones agrarias. A partir de esta idea común, el fundamento de los retractos de colindantes regulados en los artículos 1.523 del Código Civil y 27 LMEA, discurre, como veremos, por caminos diferentes.

En cuanto a la *ratio legis* del artículo 1.523 del Código Civil, es práctica generalizada tanto en los estudios doctrinales como en la jurisprudencia, aludir a la Exposición de Motivos de la edición reformada del Código Civil, según la cual este retracto se concede *«para facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza»* (21).

Cuando el Código Civil se promulgó tenía como único horizonte conseguir una mínima productividad de las fincas. Ello resultaba acorde con la concepción liberal del dominio que imperaba en el citado Cuerpo legal, y que jugaba en favor de la libertad de disposición del propietario. La del artículo 1.523 del Código Civil es así una finalidad modesta, circunscrita a supuestos de minifundismo extremo.

El interés público en la desaparición del minifundio se vería después confirmado y consolidado por la regulación de las unidades mínimas de cultivo y la legislación sobre concentración parcelaria, mucho más ambiciosas que el Código Civil en esta materia.

(21) Pueden verse, por todas, las SSTS de 29-X-85, 22-I-91 y 18-IV-1997.

C) FUNDAMENTO DEL RETRACTO DE COLINDANTES REGULADO
EN EL ARTÍCULO 27 LMEA

Para establecer la *ratio legis* del artículo 27 LMEA, hay que atender a tres claves: La integración de España en las Comunidades Económicas Europeas; la configuración de la «explotación prioritaria» como modelo de empresa agraria en la LMEA; y la vinculación del retracto de colindantes con la unidad mínima de cultivo, en la citada Ley.

La política agraria o, si se prefiere, el Derecho agrario, es una de las parcelas en las que se ha producido una cesión de soberanía en favor de la Unión Europea. Ello ha obligado a adaptar el ordenamiento jurídico español a las directrices comunitarias.

La PAC se ha ordenado tradicionalmente en dos políticas: la Política de Mercados y la Política de Estructuras, íntimamente relacionadas. La segunda deja patente que la modernización de las estructuras agrarias es uno de los retos de la Unión Europea al servicio de los objetivos definidos en el artículo 39 del Tratado de Roma.

Tradicionalmente nuestro país ha padecido deficiencias que afectan a las estructuras agrarias. Deficiencias relacionadas con el minifundismo, la falta de rentabilidad y modernidad de las explotaciones agrarias y de profesionalidad de sus titulares y el envejecimiento de la población rural.

La LMEA está motivada precisamente por la necesidad de adaptar las estructuras agrarias españolas a las directrices comunitarias y a los retos que plantea la futura evolución de la PAC (22).

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Agraria, ésta «*utiliza como referencia básica de actuación el concepto de explotación prioritaria*». Para alcanzar los objetivos marcados, la Ley define lo que considera el modelo de explotación agraria al que hay que tender y lo llama «explotación priori-

(22) La Exposición de Motivos de la Ley señala: «(...) *los recientes cambios registrados en la Política Agraria Común y los acuerdos comerciales multilaterales en el marco del GATT anuncian una nueva fase de profundos cambios en los mercados y, por tanto, la agricultura española habrá de enfrentarse a un nuevo proceso de adaptación*». Y sigue: «*Las nuevas circunstancias aconsejan redoblar los esfuerzos para superar las deficiencias estructurales que limitan las posibilidades de competir de muchas explotaciones agrarias. A pesar del esfuerzo de ajuste estructural llevado a cabo en los últimos años, persisten problemas de reducida dimensión de las explotaciones, de envejecimiento de la población agraria, de rigidez en los mercados de la tierra, de escasa flexibilidad en los modos de producción o de insuficiencia en la organización comercial.*

El objetivo fundamental de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias es corregir los desequilibrios y las deficiencias estructurales que condicionan la competitividad de las explotaciones agrarias, de modo que la agricultura española pueda afrontar la creciente liberalización de mercados, al tiempo que se aseguren los equilibrios ecológicos básicos y se abran nuevas vías para la obtención de rentas complementarias a los profesionales de la agricultura».

taria» (23). Del mismo modo que el sujeto ejemplar en el Código Civil es el «buen padre de familia», podría decirse, *mutatis mutandi*, que, en la actualidad, la explotación prioritaria representa el paradigma de la empresa agraria deseable.

La Ley desarrolla una serie de instrumentos con los que trata de impulsar la formación de este tipo de explotaciones y consolidar y mejorar las existentes. En este último bloque de normas se incluye el artículo 27.

Este precepto cierra el conjunto de los dedicados a regular las unidades mínimas de cultivo. De tal ubicación sistemática y de los requisitos definidos en el citado artículo, se deriva una importante conexión entre el retracto de la LMEA y las unidades mínimas de cultivo. Sin embargo, la *ratio legis* del artículo 27 va más allá de la finalidad perseguida con la ordenación de aquéllas.

El objetivo de la regulación de la unidad mínima de cultivo (último eslabón de la ordenación legal de esta materia, que se inicia en España a mediados de los años cincuenta), es evitar el fraccionamiento antieconómico de las fincas, luchar contra el minifundio. De acuerdo con ello, la Ley la define como «*la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona*» (art. 23.1). Con el fin de ajustar la extensión de la unidad mínima de cultivo a las características de la zona y del tipo de cultivo, se confiere a cada Comunidad Autónoma legitimación para determinar dicha extensión, para secano y regadío, en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial (art. 23.2).

Ahora bien, el retracto regulado en el artículo 27 LMEA procede con tal de que la finca enajenada sea inferior al doble de la unidad mínima de cultivo, con lo que la superficie de la finca retraída puede superar con creces la que se estima suficiente para que pueda llevarse a cabo la explotación del fundo con un rendimiento satisfactorio.

Por otra parte, sólo se reconoce el derecho de retracto en favor de quien sea propietario de una explotación prioritaria colindante a la que se pretenda retraer.

Con todo ello se comprende fácilmente que la finalidad del nuevo derecho de adquisición preferente introducido por la Ley 19/1995, de 4 de julio, no

(23) Los requisitos para que una explotación tenga la consideración de prioritaria y como tal sea calificada por la Administración competente, varían según su titular sea persona física o persona jurídica. El artículo 4 LMEA establece los que deben reunir las explotaciones familiares y otras cuyos titulares sean personas físicas. Por su parte, los artículos 5 y 6 determinan los exigibles a las explotaciones asociativas para su consideración como prioritarias.

se limita a combatir los minifundios improductivos, a diferencia de lo que sucede con el artículo 1.523 del Código Civil. Se trata más bien de tutelar la explotación que se considera modelo: la «explotación prioritaria». Tutela con la que se pretende alcanzar los objetivos enumerados en el artículo 1 de Ley (24) para situar las estructuras agrarias españolas al nivel de las exigencias comunitarias (25).

Queda justificado así que el fundamento de este retracto de colindantes es diferente al del Código Civil, más ambicioso y acorde con las modernas orientaciones de la política agraria. Por ello, el primero debe considerarse preferente en caso de colisión.

Una vez establecido el fundamento de los distintos tipos de retracto legal que interesan al objeto de este trabajo, paso a enunciar los argumentos sobre cuya base debe resolverse el problema de prelación inicialmente apuntado. Dedico sendos epígrafes a aquéllos en los que podría sustentarse cada una de las dos posibles soluciones: en favor del arrendatario, o del titular de una explotación prioritaria colindante, respectivamente, para decantarme por la preferencia del segundo de estos sujetos.

(24) De acuerdo con el artículo 1 LMEA, tales objetivos son los siguientes:

a) Estimular la formación de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes para asegurar su viabilidad y que constituyan la base permanente de la economía familiar de sus titulares.

b) Definir las explotaciones agrarias que se consideran destinatarias prioritarias de los apoyos públicos de la agricultura y de los beneficios establecidos por la presente Ley.

c) Favorecer la incorporación de los agricultores jóvenes como titulares de las explotaciones prioritarias.

d) Fomentar el asociacionismo agrario como medio para la formación o apoyo de explotaciones agrarias con dimensiones suficientes para su viabilidad y estabilidad.

e) Impedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas.

f) Incrementar la movilidad en el mercado de tierra, tanto en propiedad como en arrendamiento.

g) Mejorar la cualificación profesional de los agricultores, especialmente de los jóvenes, para su adaptación a las necesidades de la agricultura moderna.

h) Facilitar el acceso al crédito de los titulares de explotaciones que pretendan modernizar éstas».

(25) CABALLERO LOZANO escribe: «(...) el nuevo retracto no pretende sólo eliminar explotaciones inviables, agregando los terrenos en que éstas se desarrollen a otras fincas que con la adición puedan ser rentables o incrementen su rendimiento, como, por el contrario, pretendía el Código Civil; la Ley es más ambiciosa, ya que persigue la formación de explotaciones claramente productivas, lo que queda de manifiesto porque las parcelas cuya extensión sea superior a la unidad mínima de cultivo ya son de por sí legalmente rentables» (*ob. cit.*, pág. 84).

4. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PREFERENCIA DEL RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO

1. En primer lugar, juega a favor de esta tesis el tenor literal del artículo 94 LAR.

Este precepto se resume en una regla general y una excepción a la misma.

La regla general favorece al arrendatario rústico, cuyos derechos de adquisición preferente se declaran prevalentes «*respecto a cualquier otro de adquisición*».

La única excepción a esta regla (26) viene representada por el retracto de colindantes, pero —y deseo subrayar esto— no en cualquier caso, sino sólo cuando concurren en él determinados requisitos. El precepto citado habla literalmente del «*retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil (...) cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente*».

Por tanto, sólo en el supuesto de minifundismo extremo se declara preferente el retracto de asurcanos, y no en términos absolutos, lo que hubiera podido facilitar la aplicación analógica de la excepción al derecho regulado en el artículo 27 LMEA.

Esta última idea merece un comentario más detenido:

a) Si la LAR hubiera declarado que los derechos de adquisición preferente regulados en ella prevalecen frente a cualquier otro menos el retracto de colindantes, ello hubiera supuesto que se consideraban superiores los intereses tutelados por este último derecho a los protegidos por la legislación arrendaticia rústica. De modo que tanto desde un punto de vista literal (el retracto de la LMEA es un retracto de colindantes), como a partir del espíritu y finalidad de la norma, podría defenderse una conclusión favorable al derecho regulado en el artículo 27 LMEA.

Digo que podría porque la solución no me parece segura. No plantea demasiados problemas el argumento literal; pero algo más habría que decir en cuanto al espíritu o finalidad de la norma.

La LAR es quince años anterior a la LMEA. Cuando aquélla se promulgó, el legislador sólo pudo tener en cuenta el retracto de colindantes de los ar-

(26) La regla general y la excepción establecidas en el artículo 94 LAR juegan en relación con el Derecho común. Queda a salvo, en cualquier caso, la aplicación preferente de los derechos civiles forales o especiales en todos los territorios del Estado donde existan normas peculiares al respecto [D.A.1. a) LAR]. En este sentido, véanse los artículos 112 a 127 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco; artículo 329 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña; artículo 82, apartados 2 y 3 del texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares; artículos 149 a 152 de la Ley de 21 de mayo sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón; y las Leyes 452 a 457 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, Ley de 1 de marzo de 1973.

títulos 1.523 y siguientes del Código Civil. Sabemos que su fundamento es parcialmente coincidente con el del artículo 27 LMEA: mejora de las estructuras agrarias en relación con el tamaño de los fundos. Pero también es, en gran parte, diferente, como he expuesto en páginas anteriores. En la medida en que la *ratio legis* de ambos retractos diverge y habida cuenta de que en 1980 sólo pudo atender el legislador al del Código Civil, podría atacarse la anterior proposición.

b) En mi opinión, la conclusión a que se llegue en la hipótesis del apartado a) podría ser la misma si el artículo 94 LAR hubiera finalizado con las palabras «sección A)», omitiendo las que siguen. Es decir, si hubiera declarado en estos o similares términos: «*Los derechos establecidos en el presente capítulo serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, que prevalecerá sobre los derechos regulados en esta sección A)*».

Obsérvese que en este caso, el retracto de la LMEA queda fuera del tenor literal de la norma, pues no es el establecido por el artículo 1.523 del Código Civil. Pero aun así, considero que por la vía de una interpretación extensiva o, de considerarse ésta forzada, en virtud de la *analogia legis*, podría llegarse a la solución anterior. El del artículo 1.523 del Código Civil era el único retracto de colindantes, en sentido propio, existente en esa fecha y, por tanto, el único que podía tomar en consideración la Ley. El utilizar una fórmula como la apuntada, hubiera significado que la LAR consideraba superior el interés o intereses tutelados por el retracto de colindantes, como categoría legal, frente a aquél o aquéllos a los que ella misma daba amparo. Esto es, que estimaba la mejora de las estructuras agrarias en relación con la extensión de las fincas, preferente al acceso del arrendatario a la propiedad de la tierra. Siendo así, lo más acorde con el espíritu y finalidad de la norma sería declarar la preferencia del nuevo retracto de colindantes instaurado por la LMEA, que responde a los criterios de política agraria más modernos, sobre el retracto arrendaticio. Existiría la misma razón para establecer esta consecuencia jurídica que había guiado al legislador a declarar la preferencia del retracto de colindantes del Código Civil sobre el retracto arrendaticio. Identidad de razón que abriría el campo a la aplicación analógica de la norma.

Pero de nuevo en este punto encontraríamos el mismo obstáculo que en el apartado anterior: en la medida en que diverge la *ratio legis* de ambos retractos de colindantes fallaría la identidad de razón que abre la puerta a la aplicación analógica de las normas.

c) En cualquier caso, el legislador se decantó por la solución que conocemos. A la hora de regular la excepción a la preferencia del derecho arrendaticio, añadió un requisito a los que establece el artículo 1.523 del Código Civil: no es suficiente con que la finca enajenada tenga una superficie inferior a una hectárea; también la finca colindante cuya propiedad constituye la base

del derecho a retraer debe cumplir este requisito. Ello supone circunscribir a los casos de minifundismo extremo aquéllos en que el retracto de colindantes será preferente; y entorpece grave, si no de modo insoluble, la defensa de la aplicación analógica de la norma a la LMEA, por ser difícilmente defendible la existencia de identidad de razón.

La tramitación parlamentaria de la LAR confirma este inconveniente. En el Proyecto se declaraba en términos absolutos la preferencia del retracto arrendaticio con respecto a cualquier otro de adquisición. La introducción de la excepción que contempla el texto definitivo obedeció al acogimiento de la única enmienda presentada. En ésta se argumentaba que, concedido el retracto de colindantes exclusivamente para actuar sobre fincas que no excedan de una hectárea, su ámbito de aplicación se circunscribe a la propiedad atomizada y para agrupar parcelas en forma que mejoren progresivamente las estructuras de la propiedad y las posibilidades de explotación agraria; donde no hay fincas pequeñas no actúa el retracto de colindantes y donde las hay es más urgente agrupar la propiedad hasta un grado indispensable para que merezca ser explotada que conceder la preferencia adquisitiva al arrendatario en todo caso.

El único modo de superar este obstáculo, en favor del titular de la explotación prioritaria colindante, sería defender, como veremos, que el artículo 94 LAR no es aplicable cuando la colisión se produce entre el derecho arrendaticio y el retracto de la LMEA. El conflicto debe resolverse valorando la relación de los intereses en juego, al margen de esta norma.

En cualquier caso, aunque se abogue por la aplicación del artículo 94 LAR al problema de colisión que nos ocupa, en un plano teórico habría que poner por delante el derecho del colindante titular de explotación prioritaria cuando tanto la finca de su propiedad como la retraída fueran inferiores a 1 Ha. Aquí sí que existe identidad de razón con la excepción que literalmente se refiere al artículo 1.523 del Código Civil. Ahora bien, en la práctica es casi imposible, si no del todo, que se dé la anterior circunstancia, pues difícilmente una finca de esta extensión reuniría los requisitos para ser calificada como explotación prioritaria.

2. A favor de la preferencia del derecho del arrendatario sobre el del colindante amparado por la LMEA, juegan también los antecedentes legislativos del artículo 94 LAR.

Dichos antecedentes vienen constituidos por las siguientes normas: Ley 15-III-1935 (art. 16.5.º); Ley 16-VII-49; Decreto 17-XII-54 (art. 9); RAR 1959 (art. 16.5 y 12; y 96.8).

La regulación vigente es más restrictiva que la anterior. En la legislación precedente se articulaba un complejo sistema en que la superioridad del retracto arrendaticio dependía de que se tratara o no de «arrendamientos pro-

tegidos». Cuando el arrendamiento no era de los denominados «protegidos», se declaraba la preferencia del retracto de colindantes, sin matizar (27).

Se consideraban arrendamientos protegidos aquellos en los cuales la renta no excedía del equivalente a cuarenta quintales métricos anuales de trigo y en que los arrendatarios eran, además, cultivadores directos y personales de las fincas arrendadas.

Para entender esta compleja regulación y la filosofía que la inspira es necesario realizar algunas consideraciones acerca de lo que hoy conocemos como «arrendamientos rústicos históricos», pues los «arrendamientos protegidos» a los que me acabo de referir no son sino el origen de aquéllos. Seguiré en este punto a PASQUAU LIAÑO (28).

Como señala este autor: «(u)na de las preocupaciones constantes de nuestro Derecho de Arrendamientos Rústicos ha sido, desde los primeros intentos de ordenación agraria, la de construir un *régimen unitario* regulador de la explotación de la tierra por los no propietarios, bajo la óptica del contrato de arrendamiento —abandonando las viejas fórmulas de los vínculos feudales, censos, foros, etc.—, que garantizase un mínimo de estabilidad y continuidad de dicha explotación (mediante el sistema de prórrogas forzosas), y evitando que dicha situación acabase convirtiéndose en un gravamen de la propiedad, es decir, configurando el derecho del cultivador como de naturaleza personal y no real». De acuerdo con la configuración personal del derecho arrendaticio, llegará un momento en que el propietario recupere la posesión de la finca. Como señala el citado autor, ello plantea un especial problema en relación con los arrendamientos de considerable antigüedad o aquéllos en los que el arrendatario es un cultivador personal más que un empresario agrícola: el cultivo de la finca constituye el principal y difícilmente sustituible medio de vida del arrendatario. De algún modo se aprecia en estos arrendamientos

(27) Artículo 16.5 RAR 1959: «El retracto regulado por este artículo será preferente a los demás retractos establecidos en el Código Civil y en las legislaciones forales, con excepción del de comuneros en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años y del de colindantes en todo caso. El retracto gentilicio donde rija por precepto foral será también preferente al regulado por este artículo. Sin embargo, cuando el retracto se ejercitare por colono que lo fuere, a virtud de arrendamiento protegido, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho el correspondiente a los comuneros en quienes concurriese la circunstancia de tiempo, antes expresada, y el gentilicio donde rija por precepto foral».

Artículo 16.12, primer inciso RAR 1959: «Si la adquisición de una finca rústica o parte de ella arrendada, se llevare a efecto por quien a la sazón fuera colono de la misma, en virtud de arrendamiento de los llamados protegidos, sólo podrá ser ejercitado contra dicho adquirente el retracto legal por quien lo hiciera con el carácter de comunero de la finca arrendada y llevare en su copropiedad más de tres años».

(28) PASQUAU LIAÑO, *Arrendamientos rústicos históricos. Comentario de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, sobre Arrendamientos Rústicos Históricos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, págs. 35 y sigs.

la persistencia del espíritu de antiguas figuras tales como los censos y los foros, de carácter jurídico-real y de duración indefinida.

Así, junto al arrendamiento tipo, fue surgiendo una regulación especial para los arrendamientos que presentaban las características mencionadas, que afectaba a su duración (prórrogas más generosas) y a la articulación de una serie de fórmulas especiales de acceso a la propiedad.

Dado que se confería una especial protección a estos arrendatarios por comparación al régimen general arrendaticio, la Ley de 23-VII-1942 los denominó «arrendamientos protegidos», y a ellos se refiere el sistema de prelación entre el retracto arrendaticio y el de colindantes, a que antes aludía, y que estuvo vigente hasta la LAR de 1980.

A partir de la Ley de 1942 se fueron sucediendo distintas normas que ofrecían un trato especialmente ventajoso a los citados colonos, al mismo tiempo que intentaban la desaparición de estos casos, bien mediante el acceso del arrendatario a la propiedad de la finca, bien mediante la reconducción del arrendamiento al régimen general en el caso de que el cultivador no utilizara los medios que se le ofrecían para dicho acceso. Esta cadena de normas ha desembocado en la vigente Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos (29), sobre la que no procede, en este trabajo, hacer mayores consideraciones.

En materia de prelación entre el retracto arrendaticio rústico y el resto de retractos legales, la LAR modificó de modo importante la legislación anterior. Dejó de diferenciarse entre arrendamientos rústicos protegidos y arrendamientos sujetos al régimen general. Y, de acuerdo con el artículo 94 LAR 1980, a partir de la entrada en vigor de ésta, el retracto de colindantes sólo prevalece cuando tanto la finca enajenada como la del retrayente no excedan de una hectárea. Con ello, el derecho arrendaticio sube puestos en la escala jerárquica.

3. El tercero de los argumentos favorables a la preferencia del derecho del arrendatario se cifra en que la LMEA no ha derogado ni modificado el artículo 94 LAR, que sigue vigente y mantiene el mismo tenor literal. Es difícil defender que se trata de una omisión involuntaria o un descuido del legislador, cuando éste ha tenido el cuidado de modificar otros artículos de la LAR, relativos a la duración y prórrogas de los arrendamientos rústicos y al carácter de profesional de la agricultura que se exige al arrendatario —véanse el art. 28 y la Disposición Final primera LMEA— (30).

(29) En la Comunidad Valenciana y en Galicia existen leyes especiales sobre arrendamientos históricos: Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos, de 15 de diciembre de 1986, y Ley de Arrendamientos Históricos de Galicia, de 16 de abril de 1993.

(30) Algún autor, como CORRAL DUEÑAS (*ob. cit.*, págs. 1787-1788), se ha decantado en favor del retracto arrendaticio con apoyo en el artículo 94 LAR: «La nueva Ley no trata para nada la cuestión de la prelación en el caso que puede presentarse si se intenta el

4. Aún puede apuntarse un cuarto argumento que relegaría el retracto de la LMEA a un segundo plano frente al del colono.

La preferencia del retracto arrendaticio se configura en el ordenamiento jurídico español como regla general, dada la vigencia del artículo 94 LAR, interpretado a la luz de sus antecedentes normativos y de la tramitación parlamentaria de la LAR. A esta regla general se le reconoce alguna excepción.

De defenderse que el retracto de colindantes de la LMEA prevalece sobre el arrendaticio, ello supondría una nueva excepción a la regla general. Sin embargo, como tal excepción, los criterios interpretativos obligan a la cautela y a interpretaciones restrictivas. Para que triunfara esta tesis habría que demostrar claramente que el interés o intereses tutelados en el artículo 27 LMEA son superiores a los que inspiran la preferencia del arrendatario en el artículo 94 LAR. La tradición jurídica española juega en contra de esta idea. Por contra, su aval más sólido viene constituido por la conexión de la LMEA con el Derecho agrario comunitario y el principio de primacía del Derecho comunitario consagrado por el TJCEE. Desarrollaré esta última idea en el epígrafe siguiente.

La consolidación de la preferencia del derecho arrendaticio como regla general en el Derecho vigente viene confirmada por la tramitación parlamentaria de la LAR y sus antecedentes legislativos, relativos no sólo al enfrentamiento con el retracto de colindantes al que ya he hecho referencia, sino también con el de comuneros. Bajo la regulación anterior a la LAR, el retracto de comuneros era preferente al de los colonos cuando la situación de copropiedad había durado más de tres años (aunque esta prelación era críti-

retracto que en ella se configura y el de las demás posibles figuras de retracto existentes en el Código o en otras leyes.

Sería demasiado simplista decir que puesto que esta Ley es la posterior, su retracto se antepone a todos los existentes, considerando el derecho regulado en ella como preferente a todos los demás. Los preceptos correspondientes del Código y de la Ley de Arrendamientos Rústicos conservan su vigencia y creemos que habrá que acudir también a ellos para tratar de armonizar estas disposiciones y construir un sistema válido de prelación.

(...) En cuanto a la concurrencia con el retracto arrendaticio, la solución no parece tan clara. El artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos dice que los derechos de adquisición del arrendatario serán preferentes a cualquier otro salvo (...) Parece que se da preferencia al arrendatario siempre, salvo cuando se produzca una situación de minifundismo extremo que aconseje acudir antes a evitarlo. La norma está lo suficientemente clara en el sentido de que debe darse preferencia a que el arrendatario acceda a una propiedad que no tiene frente a un extraño que ya es propietario o sólo quiere aumentar su superficie.

La nueva Ley no dice nada sobre el particular y por eso nos inclinamos igualmente a considerar preferente al arrendatario de acuerdo con la norma clara del artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos; la excepción que hay en ella es muy concreta y sólo aplicable respecto de fincas retrayentes menores de una hectárea, que evidentemente no es el supuesto de la explotación prioritaria de la nueva Ley, por lo que aquí no sería aplicable».

cada por un sector de la doctrina, y algunos autores ofrecían interpretaciones superadoras de la misma). Por otra parte, durante la tramitación del Proyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos, el Senado había pretendido mantener la prioridad del retracto de comuneros frente al del arrendatario. Sin embargo, en el texto que se aprobó finalmente, la solución es la contraria, y su resultado, la prevalencia de los derechos del colono sobre cualesquiera otros de adquisición preferente, como regla general (31).

5. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA PREFERENCIA DEL RETRACTO DE COLINDANTES REGULADO EN LA LMEA Y CONCLUSION FAVORABLE A LA MISMA

La defensa de la primacía del retracto de colindantes regulado en la LMEA sobre el retracto arrendaticio, parte de las siguientes consideraciones:

1. El artículo 94 LAR no pudo tener en cuenta un retracto que no existía en la época de su promulgación, ni los criterios de política legislativa que lo informan y que son fruto de una evolución posterior a la fecha de la LAR.

De ahí que no deba resolverse la colisión entre el retracto arrendaticio y el de colindantes de la LMEA con base en este precepto.

2. Dada la inutilidad del artículo 94 LAR para resolver el conflicto planteado, éste debe solventarse valorando directamente la prelación de los intereses en juego, de acuerdo con la realidad social actual.

La realidad actual, en cuyo contexto debe resolverse la cuestión de prelación apuntada, viene marcada por un acontecimiento fundamental: el ingreso de España en la Unión Europea, con la consiguiente cesión de soberanía que opera, de modo señalado, en el ámbito del Derecho agrario.

No hay que olvidar, por otra parte, que el Derecho europeo tiene primacía sobre el nacional, como ha declarado el TJCEE. Y que la LMEA no hace sino adaptar el ordenamiento nacional a las directrices comunitarias en materia de política agrícola.

3. Además, la LMEA tiene anclaje directo en la Constitución Española.

En primer lugar, constituye desarrollo del artículo 130.1 de la CE, según el cual *«los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles»*.

Por otra parte, el artículo 27 LMEA se encuentra dentro de aquellas medidas que imponen ciertos límites al contenido y ejercicio de las facultades

(31) A salvo, como he apuntado en la nota 26, de la primacía de los derechos forales o especiales.

dominicales y derechos patrimoniales sobre tierras dedicadas a la agricultura, con base en la función social de la propiedad privada, tal como prevé el artículo 33.2 CE, límites tanto más justificados —dice la Exposición de Motivos de la LMEA—, en cuanto que sirven al objetivo de modernización del sector agrario.

4. Es mucho más coherente poner en relación la extensión de la finca a retraer con la unidad mínima de cultivo, que se adapta a las circunstancias de la zona y del tipo de explotación (secano o regadío), que con una medida rígida, como es la de una hectárea.

La doctrina ya venía propugnando esta solución y criticaba la regulación del artículo 1.523 del Código Civil por este motivo (32). Una misma medida superficial puede representar una explotación económicamente viable o no, según la zona en que se halle ubicada la finca y el tipo de cultivo a que se dedique (secano, regadío, cultivo intensivo, etc.). La medida rígida no permite la adaptabilidad a las citadas circunstancias, por lo que puede dar lugar a resultados injustos. Esta misma crítica puede hacerse al artículo 94 LAR cuando a la hora de regular la excepción que ya conocemos parte de una extensión fija, lo que demuestra, una vez más, lo obsoleto de la regulación.

5. La excepción del artículo 94 LAR, que declara la preferencia del retracto de colindantes sobre el arrendaticio cuando tanto la finca retraída como la retrayente no excedan de una hectárea, queda en la práctica casi vacía de contenido, pues es muy escaso el número de fincas que en España tienen una extensión inferior a la hectárea. También en este punto la evolución de la realidad social ha dejado desfasado el precepto.

A la vista de los argumentos anteriores, la conclusión debe ser favorable al titular de la explotación prioritaria colindante frente al arrendatario de la finca enajenada.

La LMEA, con el fin de corregir las deficiencias estructurales que afectan al campo español, intenta hacer frente a la insuficiencia de los mecanismos legales de reforma agraria articulados en las distintas normas que la preceden. Algunas son derogadas o modificadas. Otras deben ser reinterpretadas a la luz de los nuevos principios que informan aquella Ley y derivan directamente de la PAC.

Entre los instrumentos de reforma agraria que se han demostrado insuficientes, se hallan los derechos de acceso a la propiedad reconocidos al arrendatario desde hace décadas. La LMEA no ha derogado ni modificado las normas que los regulan, pero éstas deben ser reinterpretadas de acuerdo con las ideas que acabo de exponer.

(32) Ver, por todos, GARCÍA CANTERO, G., «Comentarios al artículo 1.523 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XIX, EDERSA, Madrid, 1991, págs. 669 y sigs.

La tutela del pequeño arrendatario (recuérdese lo dicho acerca del art. 97, en relación con otros, como el art. 18 LAR), ligada a unas estructuras agrarias familiares, ha sido sobrepasada (no excluida) por las nuevas orientaciones de la política agraria. Así lo prueba la liberalización del arrendamiento rústico derivada de las modificaciones de la LAR introducidas por la Ley 19/1995: se reduce la duración mínima del arrendamiento y se suprimen las prórrogas forzosas (33).

A la hora de resolver la colisión entre el derecho arrendaticio y el del colindante amparado por el del Código Civil, la LAR se encontró ante la tesitura de tener que valorar los siguientes intereses:

- a) En primer lugar, el interés social cifrado en que el titular de la explotación agraria accediera a la propiedad de la tierra. Se trata de un interés que se reconoce y se desarrolla al amparo de la evolución del derecho de propiedad hacia una concepción «social» del dominio. Cuando se promulga la LAR, esta concepción se halla claramente consolidada y ha recibido consagración constitucional (véase el art. 33 CE).
- b) Frente al anterior, el interés tutelado por el retracto de colindantes regulado en el Código Civil, que sólo puede comprenderse a la luz de la filosofía liberal que inspira un Código decimonónico. Es cierto que el interés cuya tutela justificó la introducción de esta figura en el Código Civil tiene carácter general: se trata de conseguir que las fincas puedan tener una «mínima productividad» atajando los supuestos de minifundios claramente improductivos. Pero sólo en aquellos casos en que lo exiguo de la superficie de la finca enajenada constituía un gravísimo obstáculo a la obtención de una mínima rentabilidad económica, estuvo dispuesto el codificador a limitar la facultad de libre disposición del propietario mediante el reconocimiento de este derecho.

En 1980, dos años después de promulgada la CE y claramente superada la concepción liberal del derecho de propiedad, el legislador tuvo que resolver el problema de la preferencia entre los intereses citados. Fue lógico que, como regla general, el artículo 94 LAR se inclinara por el primero.

(33) La Exposición de Motivos de la LMEA señala: «*Por lo que respecta al arrendamiento de tierras, se pretende superar la rigidez actual del mercado mediante la modificación de los plazos y prórrogas previstos en la normativa vigente. La reducción de la duración mínima de los arrendamientos es más acorde con la frecuencia con que se vienen produciendo los cambios en la agricultura actual y puede permitir un sustancial incremento en la oferta de tierras a arrendar, así como un mercado más ágil y abierto.*»

Desde entonces se han producido notables cambios en la realidad socio-económica española, determinados, en gran parte, por el ingreso de España en la Unión Europea.

El contexto en que nace el nuevo retracto de colindantes, introducido por la LMEA, nada tiene que ver con aquél en que vio la luz el artículo 1.523 del Código Civil.

Así pues, enfrentado el intérprete al problema de la colisión entre dos sujetos amparados por la LAR y por la LMEA, respectivamente, no puede conformarse con aplicar sin más el artículo 94 LAR. Debe valorar qué interés tiene primacía a la luz de la realidad social actual.

Las nuevas orientaciones de la política agraria; la primacía del Derecho comunitario en este ámbito; el posicionamiento del empresario agrícola, profesional y capaz de mejorar la explotación agraria, cuyo modelo se define actualmente como «explotación prioritaria», frente al modesto agricultor que quizá consiga una rentabilidad mínima insuficiente de la tierra que trabaja; o la conexión de la LMEA con el artículo 130.1 CE, son argumentos que pueden inclinar la balanza en favor de la primacía del retracto de colindantes del artículo 27 LMEA.

6. ANALISIS DE LA SAP DE VALENCIA, DE 19 DE OCTUBRE DE 2000

El comentario de esta sentencia puede ayudarnos a ilustrar las ideas expuestas en los epígrafes anteriores.

Los hechos fueron los siguientes:

La Sociedad Agraria de Transformación «Viña Ardal» ejercitó una acción de retracto de colindantes al amparo del artículo 27 LMEA, sobre dos fincas rústicas de secano situadas en Requena. Pretendía que se reconociera su derecho a retraer las fincas y que se condenase a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa a su favor.

La actora fundaba su derecho en ser propietaria de una finca rústica colindante a las enajenadas, declarada explotación prioritaria por la Administración competente.

Los demandados se opusieron a la demanda de retracto con base en los siguientes argumentos:

- a) En la fecha en que se produjo la venta de las fincas, la actora sólo tenía la consideración de titular de explotación prioritaria con carácter provisional, no definitivo, por lo que no cumplía con uno de los requisitos que exige el artículo 27 LMEA.

- b) La existencia de un camino entre la finca del retrayente y las que se intenta retraer, lo que impide que puedan considerarse como colindantes.
- c) Al ser los demandados arrendatarios de las fincas objeto del retracto cuando las compraron, y tener cada una de ellas una extensión superior a una hectárea, los compradores tienen preferencia sobre la sociedad actora para adquirir aquéllas, con base en el artículo 94 LAR.
- d) La extensión de las fincas que se intenta retraer, conjuntamente consideradas, supera el doble de la unidad mínima de cultivo, superficie máxima que puede tener el fundo enajenado para que exista el derecho de retracto regulado en la LMEA.

La sentencia de primera instancia rechazó los dos primeros motivos de oposición:

El enunciado en el apartado *a)*, porque según la certificación de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación, que consta en autos, se considera a la actora como explotación prioritaria desde la calificación provisional —que se produjo con anterioridad a la fecha de la venta—, declarándose *«que la calificación provisional y la definitiva de dicho reconocimiento, por no ser constitutivo, responde a meros criterios de gestión administrativa (...) la declaración de definitiva cierra un mero plazo de reconocimiento del cumplimiento de los requisitos que exige la Ley al que pretende»*.

Y el reseñado en el apartado *b)*, dado que la construcción del citado camino es reciente y ha resultado acreditado que en el momento de la venta no existía.

Sin embargo, la sentencia acogió los dos últimos motivos y declaró:

1. Que a la vista de la legislación aplicable, las dos fincas que se pretende retraer, conjuntamente consideradas, tienen una extensión superior al doble de la unidad mínima de cultivo, que se fija en una hectárea.
2. Que, por aplicación del artículo 94 LAR, el derecho de los arrendatarios-compradores resulta preferente al de la actora.

Por todo lo cual, se desestimó la demanda.

Apelada la sentencia de primera instancia ante la Audiencia Provincial de Valencia, ésta desestimó el recurso y confirmó aquélla.

La Audiencia, como el juez de Primera Instancia, consideró irrelevantes los hechos a los que se alude en los apartados *a)* y *b)* anteriores. A saber: que en el momento de la venta, la demandante no tuviera la condición de explotación prioritaria con carácter definitivo, sino provisional; y que actualmente hubiera un camino que deslindara los fundos litigiosos, en cuanto en el momento de la venta tal camino no existía.

De modo que lo trascendente del caso se centra en dos puntos: superficie de la parcela enajenada y aplicación del artículo 94 LAR.

Respecto a la conexión entre estas dos cuestiones, quiero comenzar por señalar lo siguiente. Si se concluyera que la finca enajenada tiene una superficie superior al doble de la unidad mínima de cultivo (como así se hace en la sentencia), sería incorrecto declarar la preferencia de los derechos del arrendatario sobre los del colindante titular de explotación prioritaria, ni con base en el artículo 94 LAR, ni en virtud de cualquier otro argumento. No puede haber «preferencia» si lo que falla es la «conurrencia» de derechos; y no habría tal concurrencia o colisión, pues el retrayente carecería del derecho establecido en el artículo 27 LMEA al no cumplirse sus requisitos. Declarar en este caso la «preferencia» de los derechos del arrendatario es un error de técnica jurídica: donde tan sólo hay un derecho reconocido no puede haber preferencia del mismo, pues aquél es un concepto relativo que sólo tiene sentido en relación con otro derecho o derechos.

En este supuesto habría que negar sin más la existencia del derecho alegado por el demandante sin entrar ya en ninguna cuestión de prelación.

En la sentencia se olvida esto. Se declara que las dos fincas, cuyo retracto se pretende, constituyen unidad de explotación y que, por tanto, su superficie debe ser considerada en conjunto (34) (lo que suma 3 hectáreas, 12 áreas, 13 centiáreas). Se establece que la unidad mínima de cultivo aplicable en la zona es de 1 Ha., lo que determina que sus dimensiones excedan de la superficie representada por el doble de aquélla y excluye por sí sólo la aplicación del artículo 27 LMEA. Y, finalmente —y aquí viene lo sorprendente— se concluye que ello supone la preferencia de los derechos del arrendatario sobre los que confiere el citado artículo 27. Dice la Audiencia: «*La consecuencia de todo lo expuesto en éste y en los fundamentos de derecho anteriores es que las dos parcelas registrales, objeto del retracto articulado, parcelas que constituyen una unidad de explotación y como unidad han de ser consideradas a los efectos del presente retracto, tiene una superficie superior al doble de la unidad mínima de cultivo, de modo que, aplicando el artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en relación con el artículo 27 de la Ley 19/1995, el arrendatario, que es el comprador, tiene preferencia respecto a cualquier tipo de título de adquisición, sin ninguna excepción, preferencia incluso sobre el retracto articulado por los colindantes de explotaciones prioritarias con base en el artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, por lo que la sentencia ha de ser confirmada*» (Fundamento de Derecho Cuarto, *in fine*).

Sea como sea —aun innecesario y criticable— la sentencia entra en el tema de la prelación de derechos y establece: «*Sobre la segunda cuestión, es*

(34) Véase el Fundamento de Derecho Segundo.

decir, si el artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, supone —como entiende el recurrente— la prioridad del retracto de colindantes frente al de arrendatarios, tal y como se prevé en el artículo 94 de la LAR, hemos de partir de que, en efecto, se ejercita en la demanda retracto legal de colindantes con base en la Ley 19/1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, concretamente en su artículo 27 por el que “tendrán el derecho de retracto los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo”, siendo el plazo de ejercicio de un año a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo previa notificación fehaciente, en cuyo caso será de sesenta días desde esa notificación. El debate surge aquí porque en el comprador demandado en el retracto concurre a la vez la condición de arrendatario. Planteándose por lo tanto el problema de la colisión o preferencia entre los derechos del arrendatario y los del colindante, traducida aquí en la cuestión jurídica de si el citado artículo 27 de la Ley 19/1995 prevalece o deroga total o parcialmente el artículo 94 de la LAR, por el que los derechos de tanteo y retracto de los arrendatarios “serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, que prevalecerá sobre los derechos regulados en esta sección A) cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente”» (Fundamento de Derecho Tercero).

Conviene analizar los argumentos que a partir de ahí esgrime la Audiencia en relación con la cuestión de prelación apuntada y las conclusiones a las que llega:

- a) En primer lugar, la sentencia defiende la coexistencia en el ordenamiento jurídico de los retractos de colindantes del Código Civil y de la LMEA, junto con el retracto arrendaticio, que no habría sido derogado por aquélla, con idéntica *ratio decidendi* —dice— que la utilizada en la SAP de Navarra de 14-V-98 (35) para demostrar la coexistencia del retracto de asurcanos del Código Civil y el del artículo 27 LMEA.

Diré al respecto que nadie ha puesto en duda que la LMEA derogue ni modifique ninguno de los retractos legales vigentes en nuestro ordenamiento en la fecha de su entrada en vigor, salvo, según alguna opinión, el de colindantes del Código Civil. Y el problema en este caso se plantea porque son retractos que se inscriben en una categoría común: el de colindantes. Ni la más mínima sombra de duda afecta

(35) Ya he hecho referencia a esta sentencia y sus argumentos *supra*.

a retractos de naturaleza jurídica diversa, entre ellos el del arrendatario rústico, como no podía ser de otro modo. Resulta absurdo pensar que la regulación de una nueva figura de retracto de colindantes suponga, por sí misma, la derogación de los otros tipos de retracto legal existentes en nuestro Derecho.

Por ello, con todo el respeto, estimo gratuita la afirmación anterior y no creo que mereciera la pena detenerse en su argumentación, como hace la Audiencia en esta sentencia.

- b) A continuación se afirma la vigencia del artículo 94 LAR: *«Asimismo, la Ley 19/1995 no derogó expresamente, ni consideró modificados, como ya hemos indicado, los artículos 1.523 y siguientes del Código Civil, ni tampoco el artículo 94 de la LAR, mientras que sin embargo sí derogó la figura de retracto de colindantes regulada en el artículo 45 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973; por lo que resulta patente que si hubiera querido igualmente derogar o modificar la regulación del Código Civil o de la Ley de Arrendamientos Rústicos, se habría dicho expresamente, debiendo concluirse que a falta de derogación expresa, debe entenderse que en esa opción se ha tomado la vía de mantener vigente el sistema de retracto de colindantes del Código Civil y el de arrendatarios de la Ley de Arrendamientos Rústicos».*
- c) Tras asegurar la vigencia del artículo 94 LAR, la sentencia concluye que su interpretación sí queda afectada por la entrada en vigor de la Ley 19/1995: *«El artículo 94 de la LAR, por lo tanto, queda plenamente vigente, si bien debe interpretarse en el sentido de que prevalecerá sobre cualquier otro título de adquisición excepto el que resulte del retracto de colindantes, en su modalidad del Código Civil o de la Ley 19/1995, cuando se den los presupuestos legales para su ejercicio, en especial el cumplimiento de las previsiones sobre superficies. De esto resulta que la interpretación correcta del artículo 94 LAR, en relación con el artículo 27 de la Ley 19/1995, es la siguiente:*
- a) *Cuando la superficie supere el doble de la unidad mínima de cultivo (siempre que, obviamente, ésta sea superior a una hectárea), el arrendatario tendrá preferencia respecto a cualquier tipo de título de adquisición, sin ninguna excepción.*
 - b) *Cuando la superficie supere una hectárea y sin embargo sea inferior al doble de la unidad mínima de cultivo, tendrá preferencia el arrendatario con la única excepción de quienes cumplan los presupuestos para el ejercicio del artículo 27 de la repetida Ley 19/1995 (además de la superficie y el carácter de*

rústica de la finca, que se traten de colindantes titulares de explotaciones prioritarias).

- c) *Cuando la superficie sea inferior a una hectárea, el arrendatario tendrá preferencia frente a cualquier tipo de título de adquisición, salvo el retracto de colindantes tanto el del Código Civil como, obviamente, el de la Ley 19/1995» (36).*

Sobre el apartado *a)* he de reiterar que superar el doble de la unidad mínima de cultivo supone quedar excluido del artículo 27 LMEA, por lo que ningún problema de prelación se plantearía, al no darse la colisión de derechos por ser uno de ellos inexistente.

Respecto al apartado *b)*, obsérvese que se afirma la preferencia del retracto del artículo 27 LMEA (de quienes «cumplan los presupuestos para el ejercicio del artículo 27», dice la sentencia) sobre el arrendaticio, con carácter absoluto, sin referencia alguna a la limitación que supondría exigir que tanto la finca retrayente como la retraída sean inferiores a 1 Ha., y que se encuentra en el tenor literal del artículo 94 LAR. Esta limitación queda excluida por el propio enunciado de la hipótesis, que comienza diciendo: «cuando la superficie supere una hectárea...». Se llega pues a una conclusión (preferencia del art. 27 LMEA sobre los derechos del arrendatario) —con la que estoy de acuerdo, por las razones ya expuestas— pero sin apoyarla en ningún argumento. ¿Por qué se ha prescindido de la limitación mencionada, establecida en el artículo 94 LAR? Ninguna explicación se da. Ni siquiera hay la más mínima alusión a ella, lo cual no acaba de entenderse, sobre todo en una sentencia que analiza de un modo tan prolijo el caso y se detiene tanto en los razonamientos.

Por otra parte, es lógico que en esta hipótesis *b)* no se haga ninguna referencia a la prelación en relación con el retracto del artículo 1.523 del Código Civil, pues al superar la finca enajenada la extensión de 1 Ha., queda excluida la aplicación de este precepto por hallarse el caso fuera de su supuesto de hecho.

Finalmente, en cuanto al apartado *c)*, que parte de la hipótesis de que la superficie de la finca enajenada sea inferior a una hectárea, se vuelve a declarar la preferencia del retracto de la LMEA y también del retracto de colindantes del Código Civil, sin alusión alguna, de nuevo, a la exigencia de que la finca del retrayente también sea inferior a 1 Ha. Pues bien, no sólo es que de nuevo falte cualquier argumentación de apoyo para una conclusión que ya he dicho que comparto en lo que a la LMEA se refiere; es que en relación con el retracto del artículo 1.523 del Código Civil, esta conclusión

(36) La «superficie» a que se hace referencia en el párrafo transcrito es la de la finca enajenada, cuyo retracto se intenta.

no es admisible formulada en términos absolutos. En este caso está claro que el retracto de colindantes del Código Civil, tal y como establece el artículo 94 LAR, sólo prevalecería frente al arrendaticio de ser inferiores a una hectárea tanto la finca retraída como la colindante cuya titularidad ampara el título del retrayente.

Sentado lo anterior, merece la pena detenerse en dos puntos sobre los que se pronuncia la sentencia comentada y que resultan determinantes del fallo:

1. LA TRASCENDENCIA DE LA FECHA EN QUE SE OBTUVO LA CALIFICACIÓN DE EXPLOTACIÓN PRIORITARIA EN RELACIÓN CON LA FECHA DE ENAJENACIÓN DE LAS FINCAS LITIGIOSAS

Los hechos relevantes al respecto, fueron los siguientes:

El retrayente era una Sociedad Agraria de Transformación (SAT) a la que se concedió la calificación de explotación prioritaria declarada por la Consellería de Agricultura con fecha 19 de julio de 1996, con carácter provisional; y con fecha 11 de septiembre de 1997, con carácter definitivo.

La calificación provisional fue anterior a la fecha del otorgamiento de la escritura pública de compraventa de las fincas objeto de litigio. La calificación definitiva fue posterior a aquélla.

En fase de prueba, a instancias de la actora, el Jefe de Servicio de Mejora de Estructuras Agrarias de la Consellería de Agricultura emitió certificación en la que acreditaba que la actora gozaba de calificación definitiva con fecha 11 de septiembre de 1997, y que los efectos de dicha calificación se retrotraen a la fecha en que se concedió la calificación provisional por haber justificado la SAT el cumplimiento de los compromisos adquiridos en los plazos establecidos.

En el pleito se debatía si, a la vista de las circunstancias anteriores, debía reconocerse o no al retrayente el carácter de titular de explotación prioritaria.

Las normas relevantes al respecto son las siguientes:

El artículo 3 LMEA, que establece: *«Efectos.—Las explotaciones agrarias familiares y las asociativas que reúnan, según los casos, los requisitos establecidos por los artículos 4 a 6 de esta Ley, tendrán la consideración de explotaciones prioritarias en orden a la obtención preferente de los beneficios, ayudas y cualesquiera otras medidas de fomento previstas en esta Ley».*

Según el artículo 15, *«(1) a condición de explotación prioritaria, a los efectos de la obtención de los beneficios fiscales establecidos en esta Ley, se acreditará mediante certificación expedida por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma respectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente».*

Y el artículo 16.3 dispone: «*La inclusión en el Catálogo o la certificación de la Comunidad Autónoma serán los medios para acreditar que la explotación tiene carácter de prioritaria, a los efectos establecidos en esta Ley*».

Como señala algún autor, «aunque dicho artículo (el art. 15 LMEA) parece referir la certificación sólo a los efectos de obtener los beneficios fiscales, nos parece que puede y debe extenderse a todos los supuestos en que se conceden derechos especiales a estas explotaciones» (37). Esto vendría corroborado por el tenor del artículo 16.3 de la Ley, antes transcrito. El mismo valor legitimador de la certificación expedida por la Comunidad Autónoma tendría la inclusión en el Catálogo General de Explotaciones Prioritarias, regulado en el artículo 16 de la Ley.

Pero, ¿cuál es exactamente este valor? En mi opinión, la calificación administrativa, que desemboca en la inclusión en el Catálogo y en la expedición de la oportuna certificación, no es un simple medio de prueba. Se trata de un requisito sin el cual no se puede acreditar la condición de explotación prioritaria; sin el cual el titular de la explotación no está legitimado para ejercitar los derechos que la Ley regula.

La condición de explotación prioritaria no deriva de la calificación favorable, sino del cumplimiento de los requisitos de los artículos 4 a 6 LMEA. Ahora bien, para ejercitar (no ya ser titular de ellas) los derechos que la Ley concede es necesario acreditar tal condición por una de estas vías: inclusión en el Catálogo o certificación de la Comunidad Autónoma de concurrir tales requisitos. Podría decirse que lo que depende de la calificación administrativa no es tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercerlos.

Si esto es así, no es necesario disponer de la certificación o estar incluido en el Catálogo antes de la venta. Basta con que la certificación reconozca que se cumplían los requisitos de los artículos 4 a 6 en el momento de producirse la misma. Esto es lo más acorde con la finalidad de la LMEA y encaja perfectamente en el tenor literal de los artículos transcritos.

Pero es que, además, en el caso sometido a dictamen, el actor gozaba de la calificación en fecha anterior a la venta de las fincas que se intentan retraer, si bien con carácter provisional. Y lo que es concluyente: al otorgar la calificación definitiva, la misma Administración competente reconoció que se hacía con efectos retroactivos a la fecha de la calificación provisional.

La cuestión de la relevancia de la inclusión en el Catálogo de Explotaciones Prioritarias y la certificación administrativa referida ha sido debatida en varias sentencias de diversas Audiencias Provinciales. En el caso de autos de la **SAP de Avila de 22-X-99**, en que se ejercitó retracto de colindantes con base en el artículo 27 de la Ley 19/1995, la cuestión litigiosa se centraba

(37) CORRAL, *ob. cit.*, pág. 1773.

en establecer si el actor podía o no ser considerado como titular de explotación prioritaria. El demandado se opuso alegando que la finca rústica colindante en la que aquél basaba su derecho no había obtenido todavía, en el momento de celebrarse la compraventa objeto de autos, la calificación de explotación prioritaria. La Audiencia, confirmando la sentencia de primera instancia, declaró que no es necesario para que prospere el retracto que la calificación se haya obtenido al tiempo de la compraventa. Basta que en ese momento se cumplan los requisitos de los artículos 4 a 6 LMEA, lo que deberá acreditarse mediante la inclusión en el Catálogo o la certificación expedida por la Administración, aunque tales medios de acreditación se obtengan con posterioridad a la enajenación.

La sentencia citada hace referencia, a mayor abundamiento, a la **SAP de Palencia de 10-XI-98**, *«en la que se estima demanda de retracto al amparo de esta ley (LMEA), y en el caso allí resuelto la compraventa tuvo lugar en el mes de octubre de 1996 y la certificación que acreditaba la condición de explotación prioritaria era de 13-6-1997. No se planteó en este caso expresamente, como en el de autos, la necesidad de tener la acreditación de explotación prioritaria antes de la compraventa, mas vemos que no se tenía y se estimó la acción»*.

En la **SAP de Burgos de 22-II-01**, la inclusión en el catálogo de explotaciones prioritarias se produjo el 13 de marzo de 2000. La demanda de retracto se había presentado en el Juzgado el 27 de mayo de 1999. La Audiencia negó a los demandantes legitimación para promover el retracto, aunque se basó en otros motivos, además del anterior, para fallar en este sentido. En cualquier caso, obsérvese que el obstáculo no consistía en haberse producido la inclusión en el catálogo con posterioridad a la enajenación, sino a la demanda de retracto. Dado que para que el juez reconozca el derecho de retracto es necesario acreditar ante él la condición de titular de explotación prioritaria y que esto debe hacerse por los reseñados medios, es lógico que la fecha de la certificación o de la inclusión en el catálogo deba ser anterior a la demanda.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO QUE RESULTA APLICABLE AL CASO

El problema se plantea a partir de dos datos significativos que concurren en el caso de autos:

1.º Las fincas enajenadas y que se intenta retraer son dos, debatiéndose si deben tratarse como una sola a tales efectos, por constituir unidad de explotación, lo que obligaría a considerar la superficie de ambas conjuntamente.

Con base en diversos argumentos y apoyo en la cita de varias sentencias del Tribunal Supremo, la Audiencia concluye: *«(...) en el presente caso, tal*

y como ha quedado acreditado en autos, las dos parcelas registrales objeto de retracto son colindantes, estimando este Tribunal que constituyen unidad de explotación», lo que determina «la necesidad de considerar la superficie de ambas parcelas en conjunto a los efectos de la aplicación de las normas sobre superficies mínimas a efectos del ejercicio del derecho de retracto» (Fundamento de Derecho Segundo).

2.º En segundo lugar, se debate la normativa aplicable al caso a la hora de fijar la extensión de la unidad mínima de cultivo (u.m.c.) en la zona.

La actora defendía la aplicación de la Orden de 27 de mayo de 1958, por la que se fija la unidad mínima de cultivo para el término de Requena y para las fincas de secano en 2,5 Ha.

Los demandados abogaban por la aplicación, en este punto, de la Ley 2/1997 de la Generalitat Valenciana, en relación con la Ley 4/1992 de la Generalitat Valenciana, del Suelo no Urbanizable.

Al respecto, la Audiencia establece —Fundamento de Derecho Cuarto—: «*La jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como algunas Audiencias Provinciales, se han pronunciado sobre la cuestión de si la Orden de 27 de mayo de 1958 ha sido o no derogada. Los pronunciamientos mayoritarios se inclinan por su derogación, si bien podemos encontrar algún pronunciamiento discordante*». A continuación cita diversas sentencias para ilustrar ambas líneas jurisprudenciales: a favor y en contra de la vigencia de la citada Orden. De las sentencias que defienden su vigencia resulta que la Orden será aplicable en tanto las autoridades autonómicas competentes, a las que se han transferido las competencias en materia de reforma y desarrollo agrario, no señalen otras unidades mínimas de cultivo o revisen las fijadas en la mencionada Orden, como ha ocurrido ya en diversas Comunidades Autónomas. Interesa pues conocer si en el momento en que se ejercitó el derecho de retracto, la C.A. Valenciana había regulado esta cuestión. La Audiencia concluye que, en dicho momento, «*estaba claramente en vigor la Ley 2/1997, de 13 de junio (...), por la que, en su Disposición Transitoria primera se dispone que “hasta que se apruebe por Decreto del Gobierno Valenciano, de conformidad con el artículo 23.2 de la Ley Estatal 19/1995, de 4 de julio, la extensión de las unidades mínimas de cultivo, éstas se determinarán, en todos los casos, por aplicación de las reglas establecidas en la Disposición Adicional tercera, número 2, de la Ley del Suelo no Urbanizable, según su nueva redacción, establecida por la presente ley en su artículo tercero*”.

En efecto, la citada Ley 19/1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, ya venía señalando en su Exposición de Motivos VII que: “*El Título II contiene el régimen de las unidades mínimas de cultivo, dirigido a impedir el fraccionamiento excesivo de fincas rústicas*”. Anteriormente, este régimen se hallaba incluido en el Título III del Libro

segundo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero. El régimen se modifica, fundamentalmente, al atribuir a las Comunidades Autónomas la determinación de la extensión de la unidad mínima de cultivo (...) de modo que en su artículo 23.2 se dispone que "Corresponde a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial". Lo que se materializa por la Ley 2/1997, de 13 de junio, de la Generalitat Valenciana, en relación con la Ley del Suelo no Urbanizable. Normativa esta plenamente vigente, en contra de lo defendido por el recurrente en el momento en que se ejercita el retracto (la demanda es de 26 de febrero de 1998); y ello sin necesidad de entrar en si la Orden de 1958 había sido o no derogada por la ley de 1973 (LRDA)». De donde resulta que la u.m.c. aplicable al caso es de 1 Ha. Al ser cada una de las dos fincas registrales, que —de acuerdo con la sentencia— han de considerarse como una a los efectos del retracto, superiores a 1 Ha., resulta que su extensión, conjuntamente considerada, es superior al doble de la u.m.c.

No quiero acabar, sin embargo, sin llamar la atención sobre un dato que podría complicar la solución en el caso de autos. Ciertamente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana, la primera norma que se promulgó para fijar la u.m.c. estaba contenida en la Ley 2/1997, de 13 de junio, de la Generalitat Valenciana, de modificación de la Ley de la Generalitat Valenciana 4/1992, de 5 de junio, del suelo no urbanizable respecto al régimen de parcelación y a la construcción de viviendas aisladas en el medio rural. En la Disposición Transitoria Primera se remitía a la Ley de 1992 para la fijación de la extensión de la u.m.c. hasta tanto esta cuestión no fuera regulada con carácter definitivo por el Gobierno Valenciano.

De este modo, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley de 1997 y con carácter provisional, la unidad mínima de cultivo quedaba determinada en relación con la legislación del suelo relativa a la construcción de viviendas en suelo no urbanizable. Por aplicación de ésta, dicha superficie resultaba ser de una hectárea.

Posteriormente, la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación dictó el Decreto 217/1999, de 9 de noviembre, por el que se determinó, con carácter definitivo, la extensión de las unidades mínimas de cultivo en desarrollo del artículo 23 LMEA. Esta norma fijó la unidad mínima de cultivo en secano, en la zona que nos interesa, en 2,5 hectáreas; aunque resulta inaplicable al caso de autos en virtud del principio de irretroactividad.

Pero, ¿qué hay del período de tiempo que discurre desde la entrada en vigor de la LMEA hasta que se promulga y entra en vigor la Ley Valenciana 2/1997? ¿Cuál es la unidad mínima de cultivo que rige en el territorio de esta Comunidad Autónoma?

Estas cuestiones resultan irrelevantes si se entiende, como hace la Audiencia, que hay que estar a la fecha de la demanda (26 de febrero de 1998), pues entonces ya había entrado en vigor la Ley de 1997. Pero no lo serían si se hubiera considerado que la fecha determinante era la de la enajenación de las fincas, que se produjo el 6 de marzo de 1997.

Aun entonces no existiría problema si se tratase de fincas resultantes de la concentración parcelaria. En estos casos, tanto si la Comunidad Autónoma ha regulado la extensión de la unidad mínima de cultivo, como si todavía no lo ha hecho, se tendrá en cuenta la unidad mínima de cultivo fijada para cada zona en el correspondiente Decreto que la declare de utilidad pública (38).

Las dificultades surgen cuando se trata de fincas no concentradas. Caben entonces dos posibles respuestas:

- a) Se aplica la superficie mínima definida por la Ley 4/1992, de 5 de junio, sobre Suelo no Urbanizable, aunque todavía no existiera la remisión expresa que a la misma efectúa la citada Ley de 1997.
- b) O se aplica la Orden del Ministerio de Agricultura, de 27 de mayo de 1958, de acuerdo con la cual, como ya he dicho, la unidad mínima de cultivo para el término de Requena, en relación con las fincas de secano, está fijada en 2,50 Ha.

Dejaré simplemente apuntado el problema, dado que excede del objeto de este trabajo.

M.^a DOLORES MAS BADÍA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valencia

(38) Cfr. CORRAL DUEÑAS, *ob. cit.*, págs. 1781-1782.

Modificaciones en el ámbito legal del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales: Land Registration Act 2002

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONSERVACION ESTRUCTURAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SU PROYECCION AL SIGLO XXI: EL MODELO DE CONTRATACION ELECTRONICA.—III. AUMENTO DE LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD.—IV. LA PRIORIDAD DE LOS DERECHOS DE HIPOTECA INSCRITOS.—V. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DISTINTOS DEL DOMINIO.—VI. REFORZAMIENTO DE LA ESTRUCTURA DEL REGISTRO.

I. INTRODUCCION

El Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales tiene una dilatada historia que comienza en 1862. El cuerpo legislativo en el que ha basado su funcionamiento hasta 2002 es la Land Registration Act de 1925 que con diversas enmiendas ha llegado hasta hoy; dicha Ley introdujo la inscripción obligatoria como medio de extender la protección del sistema registral al tráfico inmobiliario.

Aunque la pretensión legal no ha sido totalmente cumplida, pues se estima que un 15 por 100 de la propiedad inmobiliaria no está inmatriculada, el legislador de Inglaterra y Gales inició en 1996 un proceso por el que se debía revisar el sistema existente encargando a la Comisión de Codificación (1) y al Registro de su Majestad la elaboración de un «Libro Blanco» cuya finalidad era preparar la Institución para el devenir del nuevo siglo.

(1) *Law Commission.*

Fruto de dichos trabajos se elaboraron dos documentos (2) que han sido los que, en definitiva, han servido de base, no ya a una nueva reforma de la Ley de 1925, sino a la elaboración de un texto legal completamente nuevo: The Land Registration Act 2002, que obtuvo la sanción real el 26 de febrero de dicho año y cuya entrada en vigor se prevé paulatina a medida que sus numerosos cambios puedan ser implementados; de aquí que la Ley de 1925 siga en gran parte en vigor a medida que sus previsiones sean sustituidas por la nueva normativa. Conforme a la tradición legal inglesa, es el Ministro de Justicia, The Lord Chancellor, la persona a quien se atribuye la potestad de decidir el momento adecuado para la entrada en vigor de aquellas partes de la Ley que no tienen disposición específica al respecto (3).

La nueva Ley, por tanto, contiene una regulación universal del Registro de la Propiedad pues, como queda dicho, no es una enmienda parcial a un texto preexistente, siendo su finalidad la implementación de una completa nueva normativa en materia de Registro. No quiere decir esto que la Ley sustituya un sistema por otro; bien al contrario, la propia Ley advierte desde su primera sección (4) que el sistema de protección es el de Registro de la Propiedad y a lo largo de su articulado tiene buen cuidado de respetar la estructura vigente y gran parte de la normativa que ha permitido la extensión del sistema.

No es intención de este trabajo realizar un análisis pormenorizado del funcionamiento, estructura y efectos del sistema del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales. Ese es un trabajo ya realizado y que no debe ser repetido, por lo que me centraré en las principales novedades que la Ley de 2002 introduce en el sistema (5).

Podríamos decir que son cinco los objetivos que la nueva regulación pretende: La conservación de la estructura del Registro de la Propiedad combinado con la atribución de los recursos jurídicos necesarios para el tráfico inmobiliario del siglo veintiuno; El aumento de la publicidad registral; Simplificación del funcionamiento; Simplificación de los medios protectores de los derechos distintos del dominio; Potenciación de la estructura administrativa del Registro de la Propiedad.

(2) *Land Registration for the Twenty first Century: A Consultative Document.*
Land Registration for the Twenty first Century: A Conveyancing Revolution.

(3) El día 13 de octubre de 2003 entrará en vigor la mayor parte de la Ley. Todo lo relativo a la firma y contratación electrónica tiene su propio calendario que se expone más adelante.

(4) Pues así se denominan los distintos apartados de la misma, según la tradición inglesa, en lo que es el equivalente a nuestros artículos.

(5) Véase el trabajo «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 670, marzo-abril 2002, págs. 605 y sigs.

Sin perjuicio del desarrollo que vamos a realizar de cada uno de estos puntos considero de interés adelantar ya cuáles son los medios por los que pretende conseguir dichos objetivos:

En cuanto al primero, conservando la estructura del actual Registro de la Propiedad pero al mismo tiempo creando los mecanismos jurídicos que permitan la contratación electrónica.

El aumento de la publicidad, disminuyendo los supuestos de excepciones a la oponibilidad de derechos no inscritos y dando una nueva regulación a la usucapión *contra tabulas*.

La simplificación del sistema mediante la correlativa simplificación de los criterios de prioridad de las hipotecas.

La simplificación de los medios protectores de los derechos distintos al dominio reduciendo a dos las formas en que los mismos pueden acceder al Registro de la Propiedad.

La potenciación de la estructura del Registro de la Propiedad mediante la creación de un nuevo órgano de resolución de conflictos con facultades prácticamente judiciales.

Es el momento de analizar dichos objetivos pormenorizadamente y los medios jurídicos previstos para su consecución.

II. LA CONSERVACION ESTRUCTURAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SU PROYECCION AL SIGLO XXI. EL MODELO DE CONTRATACION ELECTRONICA

La primera sección o artículo de la Ley contiene una tajante declaración legal: «Continuará existiendo un Registro de derechos a cargo del Registrador» (6). La frase no deja lugar a dudas y es la plasmación legal de que, a pesar de la importancia de la reforma y de la intención de servir de base para la seguridad jurídica inmobiliaria del siglo XXI, el sistema de protección no es objeto de cuestión.

Fiel a esta idea, la Ley declara que el objeto del Registro es la inscripción de los derechos de propiedad y otros de naturaleza similar (7), que son los

(6) There is to continue to be a register of title kept by the registrar.

(7) Técnicamente la propiedad inmobiliaria pertenece a la Corona británica, por lo que los particulares sólo pueden ser titulares de determinados derechos sobre la misma. Dichos derechos son de tipo dominical (*estates*, ya sea pleno o a término), o derechos limitados, pero que por su importancia se asimilan a éstos (*rentcharge*, equivalente a un censo, y *profit a prendre in gross*, similar a una servidumbre personal). El Derecho Civil inglés denomina a los titulares de estos derechos, propietarios, asimilando la titularidad del derecho al dominio.

que propiamente «abren folio». La principal novedad de la Ley en esta materia ha sido la incorporación de los derechos denominados «profit a prendre in gross», como titularidades equiparables al dominio a los efectos de abrir folio debido a que son objeto de un gran tráfico jurídico y a que pueden llegar a tener un gran valor económico: derechos de caza y otros de naturaleza similar que hasta ahora podían inscribirse como carga en otros folios (8).

Otro de los aspectos novedosos de la Ley es que para inscribir la propiedad a término (Term of years absolute) se ha acertado muy significativamente el período de tiempo mínimo para que pueda acceder a los libros del Registro. En efecto, frente a los veintinueve años de la legislación de 1925, la nueva Ley impone su inscripción a partir de una duración de siete años con el evidente afán de ampliar el ámbito de la protección registral. Buena muestra de ello es que también acceden al Registro aquellas situaciones en que los *leases* son por períodos inferiores a siete años si llevan aparejada posesión discontinua o si se trata del supuesto de *leases* por período inferior a siete años, pero en los que se contrata un sucesivo período también por menos de siete años y a continuación del anterior siempre que entre ambos, se supere dicho plazo. Incluso se impone la inscripción cuando entre el contrato y la efectiva toma de posesión se pacta un plazo superior a tres meses, situación en la que con la vigente Ley un adquirente puede verse sorprendido por la existencia de un derecho no inscribible y además indetectable al no existir situación posesoria que revele su existencia (9).

Aparte de lo dicho, el esquema general de la Ley sigue, en la materia que ahora nos ocupa, fielmente las pautas de la legislación de 1925: La inscripción sigue siendo obligatoria y constitutiva, de forma que si la persona obligada a la inscripción no cumple este requisito no existe transmisión o constitución del derecho real, produciéndose una mera situación obligacional o de equidad, conforme a la tradición jurídica inglesa, y sin perjuicio del resarcimiento de daños frente a la otra parte contratante.

Los efectos de la inscripción se mantienen y cualquier titular que inscriba su derecho es mantenido en su adquisición. Esto se aplica igualmente a los titulares que inscriben el derecho por primera vez (inmatriculación) frente a los que sólo son oponibles aquellos derechos que se hagan constar simultáneamente en el folio abierto y los denominados derechos absolutamente oponibles (10), que son excepciones al principio de inoponibilidad de lo no inscrito. La novedad en esta sección se refiere al supuesto de adquisición por

(8) Se trata, por tanto, de servidumbres personales caracterizadas porque su titular tiene el derecho de extraer rendimientos del predio sirviente (de ahí su denominación). El resto de las servidumbres prediales acceden al Registro como cargas y no abren folio.

(9) Y pese a lo cual es enteramente oponible pues, como veremos, los *leases* por menos de siete años son derechos absolutamente oponibles.

(10) *Overriding interest* como los citados *leases* por menos de siete años.

usucapión contra el titular registral, es decir, si al tiempo de la primera inscripción el titular registral ha adquirido de quien aparecía como poseedor de la finca en virtud de un título y desconoce que la misma ha sido usucapida por un tercero que no está en la posesión actual de la finca, el titular registral es mantenido en la adquisición pese a que ha adquirido de quien fue titular civil, pero no lo es en el momento de la transmisión, al haber sido el dominio usucapido por un tercero.

Otro aspecto de la nueva Ley es que desarrolla cuáles han de ser los efectos frente a terceros de los derechos inscritos de una forma más clara y tajante que la legislación actual. Así, la Ley se ocupa de declarar que el titular inscrito puede disponer de su derecho de la forma más absoluta sin más restricciones que las que resulten del propio Registro o de la Ley.

La consecuencia inmediata es que los terceros que adquieran conforme a Registro pueden considerarse libres de cualquier limitación al disponente que no esté comprendida en el propio folio o prevista en la Ley. Inoponibilidad de limitaciones no inscritas. La Ley, en su sección 26.3 advierte que dicha previsión tiene el único efecto de proteger el título del tercero, pero que no salva la ilegalidad de la disposición, por lo que tanto los disponentes como el adquirente cómplice pueden ser responsables personalmente por los daños causados. El título es inatacable pero la responsabilidad personal subsiste.

Directamente ligado con lo anterior es el trato que la Ley procura a la prioridad de los derechos. Ciertamente el informe de la Comisión de 1998 no consideró necesario establecer ninguna reforma al respecto, pero lo cierto es que la nueva Ley dedica diversos preceptos al tema con el fin de aclarar definitivamente la cuestión de la prioridad de los derechos inscritos. La norma general viene recogida en la sección o artículo 28, que declara solemnemente que la prioridad de los derechos es independiente de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es decir, recoge la regla general del *prior in tempore*; lo que ocurre es que en un sistema de inscripción constitutiva la fecha anterior se confunde con la entrada en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, la prioridad está directamente ligada a la inscripción en el Registro. De ahí que, inmediatamente después de tal declaración, el artículo 29 excepciona de la misma en el sentido de que si la adquisición del derecho ha sido a título oneroso, su inscripción en el Registro de la Propiedad tiene el efecto de posponer todo derecho no inscrito. El propio artículo añade que se entiende que el derecho está protegido si es una carga inscrita en el Registro de la Propiedad o si es un derecho cuya existencia ha sido hecha constar por medio de una notificación, o es un derecho absolutamente oponible o es un pacto accesorio de un dominio a tiempo inscrito (11).

(11) El principio de especialidad es una de las asignaturas pendientes del sistema inglés. Es injustificable que el contenido de un derecho inscrito sea oponible si el mismo

La voluntad de mantenimiento del sistema de protección, basado en el Registro de la Propiedad, es compatible con las exigencias que la sociedad tecnológica demanda. Hemos de tener en cuenta que el sistema de proceso de tratamiento de la información, dentro del sistema, está en la actualidad totalmente computerizado y que el Registro propiamente dicho, los libros, se llevan en formato electrónico por medio de una red de ordenadores. Esto es así desde los años noventa, lo que no quiere decir que todo el funcionamiento del sistema esté basado en medios electrónicos.

En la actualidad todo el proceso de transmisión del dominio o constitución de derechos reales se realiza en una triple fase: una primera fase meramente contractual o precontractual en la que, una vez realizadas las búsquedas de titularidad y cargas y llegados a un acuerdo, las partes se obligan a mantener su oferta y aceptación si se dan los requisitos necesarios acordados y relativos normalmente al estado de cargas, titularidad y búsqueda de la financiación. Se lleva a cabo por medio de un documento escrito firmado por las partes y con intervención de testigos. En este momento se solicita del Registro de la Propiedad que haga constar la existencia del compromiso, lo que se lleva a cabo mediante la reserva por el plazo de treinta días de la prioridad registral. Una vez que las partes han concluido sus definitivas pesquisas, se ha conseguido la financiación y existe una voluntad de transmitir el dominio o constituir el derecho real, por entender que se han reunido los requisitos mutuamente exigidos, se realiza la entrega de los documentos con lo que se produce el negocio traslativo. Nuevamente esta fase se plasma en un documento escrito (deed) firmado por las partes y con intervención de testigos (12).

El proceso de inscripción en el Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales comienza, como en todo el mundo, mediante la presentación o depósito de estos documentos en los que se contienen los actos jurídicos registrables junto con certificado de Registro o título en virtud del cual actúa el disponen-

no resulta de los libros del Registro de la Propiedad. Ciertamente, el interesado en conocer dicho contenido puede solicitar que se le dé conocimiento del mismo desde los archivos del Registro, pero con ello la Institución no reúne el tendencial objetivo de la plenitud de la publicidad obligando a acudir a medios ajenos al folio.

(12) En caso de actuación por medio de representante voluntario, el borrador de reglamento para el Registro de la Propiedad (*The Land Registration Rules 2003*) mantiene el mismo sistema establecido para la Ley de 1925. En su artículo 62 establece que es preciso acompañar el instrumento de creación del poder o una copia del mismo realizada con los requisitos legales o un documento que sea prueba del mismo, también emitido con los requisitos legales. Además el artículo siguiente establece que si entre la fecha de producción del poder y el del documento han transcurrido más de doce meses, el Registrador puede solicitar documentación acreditativa de la vigencia del poder. Como veremos, el nuevo sistema revoluciona profundamente la cuestión de la acreditación de la representación.

te. Dichos documentos están elaborados en soporte papel y así se entregan en las oficinas del Registro usualmente utilizando el servicio de Correos. Una vez depositados se realizan las modificaciones en el contenido de la hoja que procedan, de acuerdo con el contenido del documento, y finalmente se expide en soporte papel un certificado del nuevo contenido del Registro que es entregado al adquirente (nuevamente mediante el servicio postal) como único medio de acreditar su derecho y el estado de los libros; el título formal de transmisión o constitución del derecho se archiva, pues su función, provocar la alteración del contenido del Registro, ya se ha cumplido y la acreditación de la titularidad registral se lleva a cabo por medio del certificado registral.

Como vemos entra papel y sale papel del Registro. La intención de la nueva Ley es que la entrada de información sea totalmente electrónica y que además ésta sea la única forma de hacerlo suprimiendo, en consecuencia, el soporte papel en el tráfico jurídico inmobiliario. Consciente de las dificultades que esto entraña, la Ley se limita a recoger ciertas normas generales que contienen el diseño general del sistema, haciendo continuas llamadas a ulteriores desarrollos reglamentarios.

Los trabajos para poner en marcha tal sistema comenzaron durante 2001, antes incluso de la promulgación de la Ley, pero con el diseño ya decidido por el legislador, y han continuado durante 2002 y el presente año 2003 con el fin de elaborar propuestas concretas de medidas para el desarrollo del sistema.

En una primera fase será la cancelación de derechos de hipoteca el primer tipo de operaciones enteramente electrónicas que se permitirá llevar a cabo. El diseño es muy avanzado, pues será el acreedor el que remitirá al Registro de la Propiedad la información relativa al pago de la deuda y será el sistema el que llevará a cabo la cancelación de la garantía de forma automática sin intervención del personal del Registro. Se prevé que en 2004 sea posible realizar dichas operaciones en un programa piloto que se inició en 2002.

Un modelo similar está diseñado para la inscripción de las hipotecas directamente desde el sistema del acreedor sin necesidad de intervención del personal del Registro de la Propiedad. No hay fecha para su puesta en marcha.

Para el resto de documentos se distingue entre aquellos que precisan del uso de instancias predeterminadas del Registro de la Propiedad para solicitar la modificación de los Libros, documentos que no liquidan impuestos y documentos que sí liquidan impuestos. Se espera poder poner en marcha el prototipo de depósito electrónico del primer tipo de documentos a lo largo de 2003.

En general, el modelo piloto de contratación electrónica y Registro no estará listo hasta 2006 si bien, al tratarse de un modelo real de contratación y registro, las operaciones que con él se lleven a cabo serán plenamente

válidas y eficaces, de modo que se espera que el sistema esté plenamente operativo en 2008.

Las secciones 91 a 95 de la Ley, junto con el anexo 5, establecen las líneas generales, el marco normativo de lo que se pretenda sea en el futuro uno de los sistemas más avanzados del mundo de transacción sobre inmuebles. Veamos cómo:

El documento electrónico es considerado como un documento en papel. No es un documento en papel, pero es considerado como tal y despliega sus mismos efectos. Para que esto sea posible, el contenido del mismo debe reunir los requisitos necesarios para provocar una alteración del Registro de la Propiedad (en cuanto a materia inscribible) pero además debe reunir tres requisitos esenciales: Debe estar firmado electrónicamente, las firmas deben estar certificadas y debe especificar la fecha y hora, en su caso, en que debe producir efectos (13). Frente a los documentos en papel que precisan de la firma de las partes, de los testigos y de su emisión o entrega los documentos electrónicos, sustituyen dichos requisitos por aquellos. La determinación del momento de entrada en vigor del documento es importante, pues equivale a la declaración de voluntad de que surja efectos legales y así como en los documentos en papel dicha voluntad se pone de manifiesto por la entrega o emisión del documento para que surta efectos, en los documentos electrónicos se sustituye por la determinación de la voluntad expresa de cuál haya de ser ese momento; la finalidad es evitar lo que se denomina el hueco registral.

El denominado hueco registral es consecuencia de la forma en que el sistema se gestiona en la actualidad. Hemos visto como el mero compromiso obligacional de transmitir o constituir un derecho causa una reserva de rango por treinta días y como no es hasta el momento en que la transmisión se perfecciona por la creación y entrega del documento cuando se solicita del Registro de la Propiedad la modificación de su contenido. La remisión al Registro de la Propiedad se puede y suele retrasar por causas diversas que abarcan desde el mero retraso del Servicio Postal hasta la necesaria y previa obligación de pagar los impuestos correspondientes. Una vez en el Registro la inscripción, se puede demorar semanas si surgen problemas con los requisitos de inscripción si el Registrador de la Propiedad requiere a las partes para que los aclaren y la contestación se demora (14). Todo ello supone que la prioridad provisional se pierde y que pueden surgir problemas con títulos contradictorios.

(13) La Ley se remite a la Ley de Comunicaciones Electrónicas de 2000 para determinar lo que debe considerarse como firma electrónica y certificación.

(14) Habitualmente, como aquí, el transmitente que ha cobrado demuestra poco interés y diligencia en atender los requerimientos para subsanar defectos.

El modo de actuar que prevé la nueva Ley es completamente distinto, pues por un lado pretende trasladar al momento obligacional la corrección de los eventuales problemas que se detecten, y por otro suprimir el hueco registral haciendo coincidir la perfección de la transmisión y la modificación del Registro de la Propiedad. Para conseguir un objetivo tan ambicioso se altera la forma habitual de llevar a cabo las transacciones inmobiliarias: bajo el nuevo sistema, una vez que comprador y vendedor (o transmitente y transmisario) hayan acordado contratar se notifica al Registro de la Propiedad quien reserva el rango a la operación. Durante esta fase se llevan a cabo todas las pesquisas precisas exclusivamente por medios electrónicos, así como se busca la financiación también por medios electrónicos. El Registro de la Propiedad contrasta los datos de los contratantes y de la finca con los de los libros y solicita y obtiene electrónicamente cualquier alteración, aclaración o modificación que pueda ser precisa. Cuando las partes han cumplido sus obligaciones precontractuales, se firma digitalmente el documento de transmisión y se envía al Registro de la Propiedad el cual, en la fecha prevista en el mismo, realiza la modificación del Libro correspondiente, con lo que la perfección de la transmisión e inscripción se llevan a cabo simultáneamente. El documento electrónico lleva incorporado un justificante del pago del impuesto correspondiente.

Con este diseño no sólo se pretende la supresión del hueco registral sino que se evitará la necesidad de justificar el título por el transferente, el intercambio de documentos y la sucesiva búsqueda de información en el Registro de la Propiedad.

Una consecuencia importante del carácter electrónico del documento es que cuando esté firmado por un representante, la firma del mismo será sin más considerada como puesta por el principal (sección 91.6). La nueva Ley pretende dar así una cobertura mayor a la protección de terceros, y es lógica consecuencia del carácter cerrado de la red de contratación electrónica: las personas autorizadas a operar en ella serán responsables por completo del uso que hagan como representantes al actuar en nombre de terceros. En la actualidad cualquier representante sólo puede acreditar su representación mediante un documento escrito que así lo establezca, en el documento electrónico se considera que la tiene (15).

(15) Tengamos en cuenta que el sistema inglés, a pesar de la existencia del Registro de la Propiedad, es un sistema judicial en el que existe una potentísima maquinaria de represión de las conductas ilícitas. Sólo así es explicable, no sólo la previsión que estudiamos, sino la práctica inexistencia de fraude documentario, a pesar de que no existe la figura del Notario y que el acceso al Registro de la Propiedad se hace en virtud de documentos privados redactados por abogados o incluso por los mismos particulares interesados sin más requisitos de autenticidad que la intervención de testigos (que a su vez pueden ser falsos). El informe anual 2000/2001 del Registro de su Majestad informa de nueve casos de falsificación entre tres millones y medio de transmisiones llevadas a cabo.

La Ley, finalmente, autoriza al Registrador a llevar a cabo el establecimiento de una red de comunicación, ya sea con medios propios o por medios de terceros, que permita el desarrollo del sistema imponiendo una serie de exigencias (anexo 5.º de la Ley): sólo podrán acceder a la red aquellas personas que tengan un previo acuerdo con el Registrador de la Propiedad, acuerdo que puede comprender no sólo la obtención de información o el intercambio de comunicaciones sino también la solicitud de copias o certificados de propiedad y la entrada de documentación electrónica. El acuerdo de acceso tendrá los requisitos que establezca el Registrador, a quien se dan amplias facultades para determinar su contenido, para establecer requisitos de seguridad y su control, para autorizar y para denegar las solicitudes de acuerdo. Dichas decisiones son apelables ante el árbitro del Registro, a quien me referiré en la última parte de este trabajo. La Ley, finalmente, establece que pese a todo, el Registrador debe asegurar la posibilidad de acceso a la red a aquellas personas que deseen hacerlo sin intervención de intermediarios (16).

III. AUMENTO DE LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD

La finalidad del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales es la misma que la propia de cualquier Registro de títulos, proporcionar seguridad a las transacciones jurídicas mediante la protección de los titulares registrales frente a eventuales terceros no inscritos.

La nueva Ley tiene como finalidad declarada mejorar la eficacia de la protección proporcionada por el Registro, y ya hemos visto alguna muestra de esta intención. La reforma empero muestra su empeño en esta materia básicamente en dos cuestiones de gran importancia: limitando la eficacia de los derechos absolutamente oponibles (17) y limitando los derechos de los ocupantes de hecho frente al titular inscrito (18).

La técnica seguida por la legislación inglesa es la de establecer unos efectos de la inscripción muy amplios y sólidos para establecer a continuación un listado cerrado de excepciones.

La sección 11 establece que los efectos de la inmatriculación es atribuir un derecho al titular registral, sujeto sólo a las siguientes limitaciones existentes al tiempo de la inscripción: derechos que han sido igualmente inscritos

(16) Posibilidad que se adivina difícil a la luz de los especiales impuestos por la Ley.

(17) *Overriding interests*.

(18) Las semejanzas con los problemas de la Ley Hipotecaria española son evidentes y encomiable es la decidida voluntad de potenciar la eficacia del Registro disminuyendo el número de situaciones extrarregistrales que, por su clandestinidad, no merecen protección.

(en el procedimiento de inmatriculación se notifica a cualquier eventual interesado para que inscriba sus derechos limitados sobre la finca que va a ser objeto de primera inscripción), derechos absolutamente oponibles y otros derechos especiales regulados por el Acta de limitaciones de 1980 (19).

La sección 26 del Acta declara que el propietario o titular de un derecho inscrito puede disponer libremente del mismo salvo que su poder de disposición esté afectado por una inscripción realizada en el Registro o en alguno de los casos establecidos en la propia Acta. La sección 29 establece que la disposición de un derecho inscrito realizada por título oneroso e inscrita en el Registro se antepone a cualquier derecho que no esté protegido en el momento de la inscripción. Se entiende que un derecho está protegido si está publicado por el propio Registro o si es un derecho exceptuado de inscripción o un derecho absolutamente oponible. El efecto de la inscripción de la transmisión no afecta a la ilicitud de la transmisión (20).

En consecuencia, las limitaciones a la plena efectividad de una titularidad inscrita son básicamente tres: la existencia de derechos inscritos que afecten a la titularidad del inmueble, los derechos absolutamente oponibles y las situaciones posesorias. De las tres situaciones sólo nos importan las dos últimas, pues la primera, al implicar la constancia registral, no es un supuesto de efectividad de lo no inscrito frente al titular registral.

Por lo que se refiere a los derechos absolutamente oponibles, la Ley de 2002 distingue entre los derechos oponibles frente al primer titular o titular inmatriculador y frente a otros titulares posteriores.

Frente al titular que ha inmatriculado la finca el anexo I de la Ley, sólo considera oponibles los siguientes derechos:

Los derivados de *leases* o propiedades a término de menos de siete años (que como sabemos están exentos de inscripción).

Los derivados de ocupantes al tiempo de la inmatriculación.

Las servidumbres no inscritas en el Registro de la Propiedad que consten en el Libro local de cargas y los «profits a prendre».

Los derechos locales de origen público.

(19) Merece la pena detenerse en el ejemplo que nos prestan las notas explicativas de la Ley: A usucape la propiedad de B por el transcurso del plazo de doce años. A abandona la propiedad y B vuelve a ocuparla, y antes de volver a adquirirla por usucapión la vende a C. C inscribe su derecho como primer titular registral y está protegido frente a cualquier reclamación del titular civil, A, salvo que conociera de su existencia y de la inexistencia del título de B.

(20) Tengamos en cuenta que en el sistema inglés, si la inscripción está completada por la inscripción en el Registro de la Propiedad, el nuevo titular es el titular legal y está absolutamente protegido en su posición de titular. No obstante si conocía la existencia de un derecho o restricción no inscrito será responsable, junto con el transmitente, de los daños producidos.

Las denominadas cargas locales (cargas inherentes a la conservación de la propiedad urbana básicamente).

Los derechos mineros.

Otros derechos de origen feudal, a veces muy onerosos, que de no ser inscritos en el plazo de diez años desde la inmatriculación pierden su carácter de oponibles frente a titular inscrito.

Frente a ulteriores titulares son oponibles los mismos derechos conforme al anexo III de la Ley, si bien con algunas limitaciones en cuanto al régimen de los ocupantes. Así, los ocupantes al tiempo de la inscripción de la adquisición no podrán oponer su situación al titular registral si se produce alguna de las siguientes situaciones: Si el ocupante es requerido para que publique su situación en la forma que veremos y no lo hace; si la ocupación no es detectada en una inspección normal de la finca y el adquirente la ignora (compárese con nuestro art. 36 de la Ley Hipotecaria); si se trata de un leasing que deba comenzar sus efectos dentro de los tres meses siguientes al contrato aún cuando el cesionario se encuentre por algún motivo en la posesión actual del inmueble.

Como vemos, los derechos absolutamente oponibles son de dos clases, aquellos que tienen la condición de tales, es decir, que han sido constituidos conforme a Ley pero que no precisan ser inscritos para ser oponibles al titular inscrito y las situaciones posesorias.

La posesión ha constituido un gran problema para los titulares registrales en Inglaterra y Gales, y no sólo para los particulares sino también para el Estado, que ha visto como gran número de propiedades eran ocupadas, resultando muy difícil y costosa la expulsión de los que ilegalmente las detentaban.

Hasta ahora el ocupante adquiría una situación dominical por el transcurso del plazo de doce años aún contra el titular registral. Desde el momento en el que el plazo se cumple, el titular registral, que continúa siéndolo, se convierte en fiduciario del adquirente no inscrito y, en consecuencia, como mero titular a favor de aquél.

La nueva Ley intenta aclarar y limitar las situaciones en las que los ocupantes (squatters) pueden imponer su situación frente al titular registral. A ello dedica la parte novena de la Ley y el anexo VI. La regulación se caracteriza porque todo el peso para alterar la situación legal existente recae en el poseedor u ocupante: el titular registral no sólo continúa siéndolo, sino que «civilmente» no pierde el dominio ni se convierte en fiduciario del poseedor. Para que la situación civil sea alterada es preciso que también se modifique el contenido del Registro de la Propiedad con la publicación de la adquisición a favor del poseedor adquirente, lo cual supone otra manifestación, muy poderosa, de la intención del legislador de potenciar y reforzar el contenido de los libros.

De lo anterior no debe colegirse empero que el titular registral no se vea afectado por la usucapión *contra tabulas*, de hecho si pretende la expulsión del poseedor y entabla una acción contra el mismo no podrá hacerlo si al tiempo del ejercicio el ocupante está en condiciones de solicitar la rectificación del Registro de la Propiedad (es decir, si han transcurrido los diez años de efectiva posesión). De hecho, si triunfa en su defensa, el Juez ordenará la rectificación del Registro.

Pero fuera de esta hipótesis en la que el poseedor actúa como demandado, lo normal es que sea el mismo el que inste la alteración del Registro solicitando que se inscriba su titularidad en perjuicio de la hasta entonces existente. El procedimiento para así hacerlo ha sido enormemente simplificado, dejando el recurso judicial como última posibilidad y facilitando la alteración en ausencia de contención.

Así, el procedimiento de rectificación se inicia con la solicitud dirigida al Registrador de la Propiedad, una vez transcurrido el plazo de diez años de su posesión adquisitiva (21). El Registrador de la Propiedad notifica a continuación la existencia de la solicitud al propietario de la finca, a los titulares de cargas, al titular del pleno dominio si el objeto de la usucapión es el dominio a término y a cualquier otro titular con derecho inscrito (22).

Si nadie objeta la solicitud, se procede a la práctica de la inscripción sin más consideraciones (23). Realmente es sorprendente la regulación establecida en la nueva legislación a los ojos de un Registrador español, y es sorprendente no sólo porque un sistema legal basado en la represión por medio de la autoridad judicial como máxima garantía de aplicación y desenvolvimiento del Derecho ha adoptado un sistema de seguridad preventiva para la protección de los inmuebles, sino porque lo hace proporcionándole medios en ocasiones más potentes que aquellos propios de sistemas de gran raigambre y tradición en la protección por la vía de la seguridad preventiva.

(21) El proyecto de reglamento (sección 187) deja una gran discrecionalidad al instante y al Registrador, pues no especifica cómo se acredita la posesión en concepto de dueño por diez años.

(22) El proyecto de reglamento regula en sus secciones 194 a 196 el procedimiento general de notificación, de tanta importancia en la nueva Ley. Cualquier titular debe suministrar una dirección postal al Registro de la Propiedad y puede proporcionar una dirección postal secundaria, un Apartado de Correos, una dirección de Correo Electrónico o, incluso, un número de fax si consiente en ser notificado por este medio.

Cualquier notificación del Registrador de la Propiedad debe comprender los siguientes aspectos: Plazo que el recipiario tiene para ejercitar la acción que se le reclama; las consecuencias de no llevarlas a cabo, y forma de notificar su réplica y dirección del Registro a que la misma se debe dirigir. Salvo para los casos con plazos especiales, el plazo de réplica es de veintidós días desde la emisión (se especifica cuando se entiende emitida una notificación según el medio de notificación).

(23) El plazo para contestar es de tres meses.

Practicada la inscripción a favor del ocupante, el título del anterior titular se extingue, aunque no el resto de situaciones que puedan aparecer publicadas en el Registro de la Propiedad con una única excepción: si existen hipotecas a favor de terceros que no se hayan opuesto a la inscripción, el nuevo titular no se verá perjudicado por las mismas. El motivo de esta excepción reside en el hecho de que si dicho tercero no hace objeción a la alteración del Registro nada debe oponer al nuevo titular.

La situación es muy distinta si alguno de los titulares registrales objeta la modificación del contenido del Registro de la Propiedad. En este supuesto corresponde al árbitro del Registro (24) decidir si la solicitud debe prosperar a pesar de la oposición de algún titular registral. El árbitro del Registro sólo puede acceder a la rectificación del Registro cuando hay oposición si se da alguna de las siguientes tres circunstancias: Si el ocupante ha venido poseyendo con la aquiescencia del titular registral cuya oposición implica una situación injusta al ir contra sus propios actos (25). La segunda posibilidad es cuando el ocupante tiene un título para ocupar el inmueble, pero por algún motivo no lo ha registrado, como puede ocurrir si tiene un título sucesorio testamentario o *ab intestato* o si tiene un mero contrato de compraventa cuyo precio ha satisfecho (lo que civilmente le convierte en titular de una situación fiduciaria). La tercera posibilidad es que el ocupante sea titular registral del inmueble colindante y la exacta delimitación de la finca no haya sido establecida siempre que haya estado poseyendo de buena fe, es decir, si se trata de una mera usucapión de una franja adyacente a su propiedad inscrita y durante el plazo de diez años la ha estado poseyendo como propia.

Resumiendo: si el poseedor solicita la rectificación del Registro y nadie se opone, así se hará, pero aunque haya oposición el Registro podrá rectificarse si la situación es una de las tres descritas anteriormente.

Pero aún si la solicitud es rechazada por el Registrador o por el árbitro del Registro, el ocupante puede, en un plazo de dos años, volver a presentar su solicitud si continúa poseyendo y en este caso se realizará la alteración del Registro de la Propiedad sin que quepa oposición, salvo que haya sido condenado en una acción posesoria, haya sido expulsado del inmueble a consecuencia de una sentencia o esté abierto un proceso posesorio. Como se ve, la existencia del procedimiento de alteración del Registro de la Propiedad tiene graves consecuencias, aunque haya resultado infructuoso y es la posibilidad futura de provocar dicha alteración; la razón es clara, si el titular registral, conocedor por la notificación del Registrador de la Propiedad de la existencia

(24) *Adjudicator* equivale a árbitro. Lo traduzco como árbitro del Registro para enfatizar el hecho de que no es un árbitro cualquiera, sino el que específicamente crea y regula la *Land Registration Act*.

(25) *Equity by stoppel*.

de la intención del poseedor no insta una acción contra él, se verá perjudicado por su inacción, por la dejación de su posición dominical.

La nueva regulación de la posesión *contra tabulas* respeta en el fondo el mismo plazo que existía antes de la reforma, pues si transcurridos diez años de posesión el titular registral no pone fin a la misma y deja transcurrir dos más el plazo total de doce años, le será completamente oponible por dejación de su derecho.

IV. LA PRIORIDAD DE LOS DERECHOS DE HIPOTECA INSCRITOS

La nueva Ley no altera el concepto de carga del texto de 1925, entendiendo como tal la obligación pecuniaria o realizable en dinero que grava un inmueble determinado. Lo que supone una novedad en la regulación de 2002 es el intento de clarificar una cuestión que en la antigua Ley ha provocado problemas, como es el orden de prioridad entre las distintas cargas inscritas y entre éstas y las denominadas cargas legales. A esta cuestión se destina la parte quinta de la Ley.

El principal problema de las cargas voluntarias y de su orden de prioridad es la relación que existe entre la fecha de la inscripción y el de la obligación a la que la carga está unida. La cuestión es complicada, pues el sistema actual de Inglaterra y Gales permite la vinculación entre la hipoteca inscrita y las entregas futuras distintas a la originariamente garantizada (26), atribuyendo prioridad a éstas frente a cargas posteriores. Esta especie de hipoteca global, en virtud de la cual el acreedor va cargando las obligaciones que se vayan generando con el deudor, supone una quiebra del más elemental principio de prioridad y es, qué duda cabe, una rémora al crédito territorial, pues difícilmente se pueden conceder ulteriores hipotecas sobre la misma finca si su prioridad puede ser obviada en beneficio de créditos que no resultan del contenido del Registro. Como ocurre en el sistema español, en caso de ejecución de una hipoteca, el importe obtenido por la venta del bien se entrega al acreedor en pago de su crédito, y el sobrante se pone a disposición de los acreedores posteriores y, en su caso, del propietario desposeído.

La Ley actual permite esta alteración de las reglas de la prioridad en dos supuestos: en primer lugar, quedan cubiertas con la primera hipoteca las obligaciones futuras con el deudor si el acreedor, titular registral, no es notificado por un eventual ulterior acreedor de la constitución de la segunda carga; el peso por tanto recae en el segundo acreedor, a quien se impone la carga de la notificación y de su prueba, si desea mantener intacta la prioridad que se le atribuya a su derecho. En segundo lugar, si en el momento de

(26) *Further advances.*

constituir la primera carga se hace previsión de la existencia de la segunda quedará ésta cubierta con independencia de la actividad de un segundo titular a modo de nuestra hipoteca en garantía de obligación futura.

La nueva Ley acepta y mantiene estas excepciones, pero introduce una tercera muy sugestiva desde nuestra perspectiva. Si deudor y acreedor han fijado un máximo de responsabilidad hipotecaria por la que deba responder la finca, la obligación futura quedará cubierta con la hipoteca siempre que «quepa» dentro de la cobertura y se haga constar en el Registro de la Propiedad. Los comentaristas ingleses consideran que esta nueva modalidad de practicar la carga de obligaciones no existentes al tiempo de la constitución de la hipoteca tendrá una gran aplicación al dejar exclusivamente en manos de las partes la posibilidad de cargas obligaciones futuras relacionadas con la existente sin necesidad de hacer una previsión exacta de la misma.

Fuera de estos supuestos, el orden de prioridad de las hipotecas y otras cargas legales es el que resulta del Registro de la Propiedad y no puede ser alterado si no es por convenio entre los interesados.

Queda sin resolver, sin embargo, el problema de las cargas legales u obligaciones *propter rem* que gravan los inmuebles que por tener un origen legal permanecen ocultas y además están dotadas de una prioridad que se impone sobre la de las cargas inscritas en el Registro de la Propiedad con anterioridad. La Ley actual no ofrece una solución a esta situación que genera incertidumbres en el tráfico. La nueva Ley impone al Registrador de la Propiedad la obligación de notificar a los titulares de las cargas anteriores la inscripción de la carga legal, que sigue imponiéndose sobre aquella, pero al menos el acreedor dejará de realizar nuevas entregas o de comprometer nuevos fondos con cargo a la hipoteca inscrita al ser consciente de que su prioridad está comprometida por la existencia de una carga legal preferente. Las cargas legales son derechos absolutamente oponibles, por lo que sería fácil burlar la previsión legal. Para evitarlo, la nueva Ley impone que dichas cargas sólo puedan ser objeto de ejecución si constan previamente inscritas en el Registro de la Propiedad.

V. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DISTINTOS DEL DOMINIO

Estamos ante otra de las grandes novedades de la Ley de 2002. Frente al sistema de la Ley de 1925 que contemplaba hasta cuatro formas distintas de hacer constar en el Registro de la Propiedad los llamados *minor interests* o derechos menores (27) (*notice, injunction, inhibition, restriction*), la Ley ac-

(27) Es decir, aquellos derechos que no abren folio (por no tratarse de pleno dominio, dominio a término, *rentcharges* o *profits a prendre in gross*) y que no tienen consi-

tual suprime la noción de derechos menores, reduce a dos los tipos de asientos por medio de los que se publican en el Registro de la Propiedad y, sobre todo, permite la inscripción sin necesidad de exigir la constancia del consentimiento expreso del titular registral.

La insuficiencia y complejidad del sistema hasta ahora vigente había producido una auténtica demanda de reforma, demanda que se pretende satisfacer con el nuevo sistema, el cual analizamos a continuación contemplando, como hace la propia Ley en su cuarta parte, los dos tipos de asientos posibles y su regulación jurídica.

1. *Notices* o notificaciones. La simplificación es máxima, pues bajo esta forma se publica cualquier derecho relativo a un bien inmueble y que carezca de la consideración de carga en los términos que acabamos de ver. Precisamente por no ser cargas en sentido técnico no se reflejan en el apartado previsto para las mismas en el folio registral (apartado Charges Register o de Registro de Cargas) sino en el apartado relativo al título material del titular registral (apartado Proprietorship Register o Registro de Dominio).

La regla general es, pues, que todo derecho puede acceder al registro bajo forma de notificación, si bien hay algunas excepciones, bien porque se prevea expresamente su acceso como restricción, bien porque sean derechos absolutamente oponibles, bien porque sean derechos que forman parte de otros susceptibles de abrir folio (como son los pactos reales relativos al dominio a término por más de siete años).

La reforma ha supuesto una simplificación del modo en cómo han de ingresar en el Registro de la Propiedad, acudiendo nuevamente al recurso de conceder al silencio del titular la consideración de asentimiento al asiento.

La solicitud al Registrador de la Propiedad da comienzo al procedimiento y puede ser consecuencia de un acuerdo entre el titular registral y el titular del derecho, o bien una solicitud unilateral de éste.

Si la solicitud de asiento se hace con la aquiescencia del titular registral, se practica sin más, pero si es una solicitud sin dicho consentimiento, corresponde al Registrador de la Propiedad decidir si procede o no su práctica. En caso afirmativo se realiza el asiento y se notifica al titular registral de forma que si no hay oposición el asiento despliega todos sus efectos. A su vez el titular registral puede solicitar la cancelación del asiento y así se hará si el que instó su práctica no se opone, pero si hay oposición entonces la situación se remite al árbitro del Registro en los términos que veremos.

El asiento de notificación plantea un problema de especialidad, pues es un asiento que puede expresar el contenido del derecho a que se refiere, o bien

deración de cargas (como queda dicho son cargas aquellos derechos que garantizan una obligación monetaria o que vinculan a su pago a un inmueble, señaladamente el derecho de hipoteca y las obligaciones de pagos legales).

puede limitarse a expresar su existencia y el nombre de su titular pero no su contenido. Se justifica dicha limitación por cuestiones de confidencialidad, pero lo cierto es que es injustificable y es uno de los aspectos de la reforma en que ésta se muestra regresiva.

El asiento de notificación despliega su eficacia vinculando a cualquier titular posterior de la finca sobre la que recae, aunque no establece una prioridad entre los derechos así publicados que se rigen por su fecha de constitución (28).

2. *Restrictions* o Restricciones. Se refieren al titular de una finca o derecho y su efecto esencial es que cierran el Registro de la Propiedad si no se cumple con lo especificado en las mismas. Aunque su función es variada, básicamente tratan de evitar la entrada en el Registro de la Propiedad de situaciones susceptibles de impugnación o de situaciones que quedarían protegidas defraudando legítimos intereses de terceros.

Son incompatibles, en principio, con el asiento de notificación, pues no reflejan derechos ni atribuyen prioridad, pero eso no evita que exista una relación entre ambos tipos de asientos en determinadas circunstancias como, por ejemplo, en la quiebra cuya solicitud se refleja en el Registro de la Propiedad como notificación, puesto que refleja un eventual derecho de un tercero (impugnatorio esencialmente) y vincula a un eventual adquirente de la finca y cuya declaración se publica como restricción en la medida en que a partir de ese momento no caben actos dispositivos sobre el inmueble.

Incluso hay situaciones que pueden provocar simultáneamente ambos asientos, como son los derechos de adquisición preferente que se publican como notificaciones y que, a criterio del Registrador de la Propiedad, pueden también provocar una restricción precisamente para salvaguardar su eficacia (29).

El concepto de Restricción es muy amplio y puede abarcar tanto una prohibición absoluta como una prohibición relativa, bien porque esté supeditada a un previo consentimiento, a la práctica de una notificación o a la consecución de una autorización judicial.

Como la Notificación, puede ser solicitada por el titular registral (30) o bien por un tercero con o sin consentimiento de aquél. En este caso, el Re-

(28) De aquí su nombre de notificaciones, pues su efecto se agota en la mera publicidad de forma que los terceros adquirentes del dominio o cargas en sentido estricto (hipotecas o cargas legales) se ven vinculados por su existencia. Entre derechos así publicados, la inscripción no añade preferencia alguna y ésta se rige por el clásico aforismo «where the equities are equal the first in time prevails».

(29) En el fondo nuestro sistema sigue el mismo esquema: un derecho de adquisición preferente puede publicarse en nuestro Registro como mera carga o bien contener una regulación de su ejercicio que impida la inscripción de una transmisión sobre la finca gravada sin que se respete la misma.

(30) Hay una variedad frecuente en el Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales que es imposible en nuestro ordenamiento: la restricción impuesta en una sociedad de que determinado inmueble no se enajene o grave sino es con la autorización del Presidente.

gistrador de la Propiedad debe notificar al titular registral para que, si lo desea, realice una objeción en cuyo caso será ante el árbitro del Registro ante el que deben hacerse las oportunas alegaciones.

Practicada, su efecto esencial es el cierre del Registro de la Propiedad, salvo que el acto dispositivo respete íntegramente sus previsiones. No obstante, el Registrador de la Propiedad tiene importantes competencias para prescindir de la restricción si la considera inaplicable (el caso más típico es si la persona llamada a consentir ha fallecido) o para aplicarla con las modificaciones que estime oportunas.

VI. REFORZAMIENTO DE LA ESTRUCTURA DEL REGISTRO

La Ley de 2002 mantiene el esquema general administrativo del Registro de la Propiedad como oficina independiente del Estado, que no forma parte de la estructura del Ministerio, a cargo de un Registrador de la Propiedad dotado de amplias facultades para dirigirlo. Se conservan los aspectos esenciales de su función, especialmente su independencia orgánica, aunque el Registrador de la Propiedad es nombrado por el Ministro de Justicia y de él recibe sus emolumentos. Se conserva la facultad de nombrar y dirigir el personal al servicio del Registro y de disponer los medios precisos para el correcto funcionamiento. Se mantiene igualmente la eficacia de la documentación emanada del Registro de la Propiedad, que tiene carácter probatorio ante los Tribunales sin necesidad de ulteriores consideraciones.

La regulación de los aspectos estructurales se lleva a cabo en la parte novena y décima de la Ley y en los anexos séptimo y noveno. Las novedades de la Ley se refieren a dos aspectos muy concretos:

1. Asesoría legal. Por primera vez se establece la posibilidad de que el Registrador de la Propiedad preste servicio de consultoría jurídica y organice el servicio necesario tanto en el territorio de Inglaterra y Gales como en cualquier otro sitio. También se le faculta para que determine los honorarios que por tal prestación deban devengarse, honorarios que quedan fuera de la tabla de aranceles aprobados por el Ministerio de Justicia para la llevanza ordinaria del Registro. A los efectos de la prestación de este servicio se autoriza al Registrador de la Propiedad a participar en sociedades, como socio capitalista, o consorcios destinados a tal fin. Esta autorización tiene, entre sus fines declarados, permitir al Registro de la Propiedad continuar participando en concursos y proyectos internacionales y facturar por ello sin necesidad de acudir a figuras intermedias.

2. El árbitro del Registro. Es una novedad absoluta de la nueva Ley y uno de los medios por los que se pretende agilizar las relaciones entre

el Registro de la Propiedad y los usuarios cuando surgen cuestiones conflictivas entre los particulares relativas a derechos inscritos o cuya inscripción se ha solicitado. En la regulación actual, las apelaciones a las decisiones del Registrador de la Propiedad se ventilan ante una figura denominada Solicitor to Her Majesty Land Registry, persona integrada en la propia Administración y que se ha considerado no suficientemente independiente, especialmente cuando es la propia Administración la que tiene un interés en el conflicto.

Para evitar cualquier conflicto, la Ley crea esta nueva figura, nombrada y pagada directamente por el Ministro de Justicia, dotado de amplia autonomía para organizar su oficina y contratar y dirigir al personal que considere conveniente y que, mediante un procedimiento público, está destinado a agilizar los conflictos relacionados con el Registro de la Propiedad y a descargar a los Juzgados de costosas y largas apelaciones aunque, como es obvio, sus decisiones son apelables ante los órganos de la Administración de Justicia.

Su competencia material abarca tres campos:

En primer lugar, la resolución de objeciones puestas por los titulares registrales a las solicitudes realizadas por terceros de modificar el contenido del Registro de la Propiedad. Como hemos visto, estas objeciones pueden ser extraordinariamente frecuentes y relevantes en materias como la usucapición *contra tabulas* o en la realización de asientos de Notificación o Restricción sin consentimiento del titular registral.

Un segundo campo de actuación se refiere a las impugnaciones de las decisiones del Registrador de la Propiedad de realizar un contrato o acuerdo de acceso a la red informática interna del Registro de la Propiedad. Como vimos es intención del legislador que gran parte de la contratación relativa al Registro de la Propiedad se haga por medios telemáticos, por lo que la denegación de acceso a los profesionales que lo soliciten equivaldrá, en la práctica, a dejarles fuera del mercado inmobiliario.

La tercera posibilidad de actuación del árbitro del Registro se refiere a las impugnaciones de decisiones del Registrador de la Propiedad negativas a la rectificación del Registro de la Propiedad cuando el motivo de la denegación sean los defectos que la documentación aportada pueda tener. En este caso se atribuyen al árbitro amplias facultades hasta llegar incluso a la modificación del contenido literal de los documentos con la finalidad de que puedan acceder al Registro de la Propiedad.

En definitiva, con la figura del árbitro del Registro se cierra una regulación que pretende proporcionar a los particulares la posibilidad de conseguir la modificación del contenido del Registro de la Propiedad sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia cuando no se cuenta con el consentimiento del titular registral.

Para mayor información:

- *The Land Registration Act 2002*. ROBERT ABBEY and MARK RICHARDS. Oxford University Press. 2002.
- *Textbok on Land Law*. JUDITH MACKENZIE and MARY PHILLIPS. Oxford University Press. 2002. Ninth Edition.
- www.e-conveyancing.gov.uk
- *Land Registration Act 2002*. Explanatory Notes. www.clicktso.com

FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO
Registrador de la Propiedad - Notario

Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código Civil de Cataluña (*)

SUMARIO: I. LA NUEVA REGULACION DE LA PRESCRIPCION EN EL CODIGO CIVIL DE CATALUÑA. OPORTUNIDAD DE LA MISMA.—II. PRIMERA VALORACION DEL NUEVO REGIMEN DE LA PRESCRIPCION EN DERECHO CATALAN. AMBITO DE APLICACION: 1. Valoración crítica. 2. Ambito de aplicación del nuevo régimen de la prescripción del Código Civil de Cataluña.—III. CONCEPCION Y REGIMEN DE LA PRESCRIPCION EN EL CODIGO CIVIL DE CATALUÑA. DISPOSICIONES GENERALES: 1. IDEA GENERAL DE LA PRESCRIPCION. CARACTERIZACION: A) *Presupuestos iniciales. Coordinación de intereses enfrentados y de elementos de la prescripción.* B) *Concepción objetiva.* 2. NATURALEZA IMPERATIVA DE LAS NORMAS DE PRESCRIPCION, Y EXCEPCIONES. 3. OBJETO DE LA PRESCRIPCION: A) *Prescriben las prestaciones.* B) *Prescripción de las excepciones.* C) *Materia disponible.* 4. PRETENSIONES NO PRESCRIPTIBLES: *Otras acciones.* 5. PERSONAS LEGITIMADAS PARA HACER VALER LA PRESCRIPCION: 5.1. *Legitimación directa. Capacidad.* 5.2. *Legitimación de los terceros.* 6. FRENTE A QUIÉN OPERA LA PRESCRIPCION: A) *En perjuicio de toda clase de personas.* B) *Derecho a reclamar al negligente.* 7. SUCESION EN LA PRESCRIPCION. 8. NO APRECIACION DE OFICIO DE LA PRESCRIPCION (ART. 121-4): A) *Justificación y funcionamiento.* B) *Momento procesal oportuno de alegación.* 9. EFECTO DE LA PRESCRIPCION: A) *Efecto extintivo.* B) *Prescripción de las pretensiones accesorias.* C) *No repetición de lo satisfecho voluntariamente.* 10. RENUNCIA DE LA PRESCRIPCION (ART. 121-10): A) *Renunciabilidad.* B) *Legitimación para la renuncia.* C) *Acto unilateral. Renuncia tácita.* D) *Eficacia de la renuncia.*—IV. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION: 1. CONCEPTO Y CAUSAS DE LA INTERRUPCION: *Taxatividad de las causas.* 2. OMISION DE REGLAS ESPECIALES SOBRE INTERRUPCION. 3. REQUISITOS DEL ACTO DE INTERRUPCION. 4. ALEGACION DE PARTE (NO APRECIACION DE OFICIO DE LA INTERRUPCION). 5. EFECTOS DEL ACTO INTERRUPTIVO (ART. 121-14): A) *Eficacia objetiva.* B) *Eficacia subjetiva en casos particulares.*—V. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION: 1. JUSTIFICACION DE

(*) Este trabajo, con mínimas diferencias y traducido al catalán, se publicará en la *Revista Catalana de Dret Privat*, en número de próxima aparición.

LA INTRODUCCIÓN DE LA SUSPENSIÓN. ANTECEDENTES. 2. IDEA ACTUAL DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. 3. CAUSAS DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: 3.1. *Causas objetivas*. 3.2. *Causas subjetivas de suspensión*. 4. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: A) *Efecto general de la suspensión*. B) *Alegación por el interesado*.—VI. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y SU COMPUTO: 1. PRIMER PROBLEMA: SIMPLIFICACIÓN Y ABREVIACIÓN DE LOS PLAZOS PRESCRIPTIVOS: 1.1. *Simplificación de los plazos*. 1.2. *Abreviación general de plazos*. 2. PLAZO PRESCRIPTIVO GENERAL DECENAL. 3. PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE PRETENSIONES PERSONALES. 4. ACCIONES POSESORIAS. 5. CÓMPUTO DEL PLAZO PRESCRIPTIVO: 5.1. *Criterios legales de cómputo*: A) Criterio básico del nacimiento o exigibilidad de la pretensión. B) Criterio complementario del conocimiento o cognoscibilidad. 5.2. *Cómputo efectivo de los plazos de prescripción*. 5.3. *Supresión de reglas especiales*. 6. PLAZO MÁXIMO DE PRESCRIPCIÓN, LLAMADO «DE PRECLUSIÓN».—VII. LA CADUCIDAD (CAPÍTULO II DEL TÍTULO II): 1. IDEA GENERAL DE LA CADUCIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: 1.1. *Caracteres de la misma*. 1.2. *Nuevo régimen de la caducidad*. 2. REQUISITOS DE LA CADUCIDAD. 3. NATURALEZA IMPERATIVA DE LAS NORMAS SOBRE CADUCIDAD (ART. 122-1.3): *Autonomía de la voluntad en el ámbito de la caducidad*. 4. SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD. 5. LA «CADUCIDAD» CONVENCIONAL (ART. 122-4): *Régimen de la llamada «caducidad convencional»*. 6. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD Y SU CÓMPUTO (ART. 122-5). 7. CADUCIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS INDISPONIBLES. APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA CADUCIDAD (ART. 122-2). 8. CADUCIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS DISPONIBLES: A) *Legitimación para alegar la caducidad*. B) *Interrupción de los plazos de caducidad*. C) *Modificabilidad de los plazos de caducidad*.

I. LA NUEVA REGULACION DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CODIGO CIVIL DE CATALUÑA. OPORTUNIDAD DE LA MISMA

El Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, de 13 de enero de 2003, ha publicado la *Llei 29/2002, de 30 de diciembre. Primera llei del Codi Civil de Catalunya* (1). El título II del libro I de este Código lleva la rúbrica: «La prescripció i la caducitat», importante novedad que merece alguna atención. Es el objeto de este trabajo, apenas una primera valoración de dicho título, compatible con otras más amplias y reposadas a que habrá lugar, pues este comentario ha de ser, además de urgente, demasiado breve para la complejidad de esas instituciones y su nuevo régimen legal.

El Derecho catalán necesitaba, ciertamente, por fidelidad a sus antecedentes históricos (innecesario recordarlos ahora, por conocidos), una regulación propia de la prescripción y la caducidad, deficientemente reguladas hoy: la

(1) Redactado este trabajo, la Abogacía del Estado, (en nombre del Gobierno central y por acuerdo del Consejo de Ministros, ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley, admitido a trámite con fecha 20 de mayo de 2003 (núm. 2099/2003) por el Tribunal Constitucional, que ha acordado la suspensión de la misma.

primera, en la Compilación (art. 344), en el Código Civil (al que aquella se remite y del que no todas las normas son aplicables en Cataluña) y en normas dispersas; la caducidad, sólo referida a acciones concretas, y en ningún cuerpo legal regulada; precisaba, al propio tiempo, dotarlas de una concepción actualizada y un régimen autónomo respecto del Código Civil, anclado todavía en concepciones romanistas y decimonónicas de la primera (como dice bien la Exposición de Motivos, donde se justifica la necesidad de regulación partiendo de la situación actual y su pasado histórico) e ignorando prácticamente la segunda como categoría general.

En ese contexto normativo, la autonomía y suficiencia a que aspira hoy el Derecho catalán exigía también, junto a un régimen completo de la prescripción, una regulación general y paralela de la caducidad con una concepción y régimen determinados y unas reglas congruentes, denominador común a tantas caducidades concretas de acciones existentes en la vigente legalidad, distinguiéndola, por otra parte, de caducidades impropias y otros plazos preclusivos. Cfr. Comp. Navarra, título IV, Libro Preliminar (leyes 26 y sigs.).

Este era, además, momento muy oportuno para su puesta al día. La prescripción, siempre vieja y nueva, ha adquirido recientemente una sorprendente actualidad y ha sido objeto de profunda revisión legal, como ha habido en los últimos años en la mayor parte de los ordenamientos de nuestra área cultural y jurídica, incluidos algunos trabajos en el ámbito supranacional (1bis), de forma paralela a cómo también en el orden doctrinal ha merecido amplia atención, acorde con su interés teórico y práctico (2).

(1bis) Cabe citar, entre otros, los Códigos Civiles belga (modificación de 1998), holandés (1992, cuando entró en vigor su libro III), cubano (1987), de Quebec (1994) y la recentísima del BGB (la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001), la de la *Limitation Act* británica de 1980 y modificaciones parciales posteriores, los trabajos y *Recommendations* de reforma de la *Law Commission* inglesa (1998-2001), la Convención sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974, y Protocolo de 1980). Paralelamente, en otros sistemas jurídicos, como el norteamericano, se han introducido en las últimas décadas por vía jurisprudencial nuevos principios en la aplicación de la prescripción, como la «*delayed discovery doctrine*» (o *discovery rule*), de gran repercusión en la práctica (en cuanto retrasa el inicio de los plazos prescriptivos al momento en que el reclamante conoce o pudo conocer los hechos que conforman su pretensión).

La prescripción ha sido objeto de atención también en Congresos Internacionales, como el XIV Congreso de *The International Academy of Comparative Law* (Atenas, julio-agosto de 1994), que abordó «Los modernos desarrollos de la prescripción extintiva: Prescripción de las acciones», y otros encuentros de menor alcance; y de trabajos prelegislativos de índole transnacional, como los de la Comisión para el Derecho contractual europeo (Comisión Lando), que en sus sesiones de Copenhague (febrero 2001) ha propuesto unos principios de un Derecho europeo de la prescripción.

(2) Traigo aquí sólo las obras relativamente recientes más relevantes a este respecto —que reproduzco de mi reciente trabajo *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español*, Madrid (Ed. Dykinson), 2002—:

Sobre la competencia de la Generalitat de Catalunya para regular la prescripción y la caducidad, no me cabe duda alguna. El Derecho catalán ha tenido siempre un régimen propio sobre prescripción, desde el usatge *Omnes Causae* y ciertos textos de las *Constitucions i altres drets de Catalunya* (vol. I, libro 7, tít. 2) hasta la Compilación de 1960 (art. 344) y trabajos legislativos anteriores (proyectos de Apéndice y de la Compilación); igualmente en la jurisprudencia anterior y posterior a ésta —SSTS de 21 de mayo de 1864, 9 de febrero de 1878, 13 de diciembre de 1889, ..., 31 de octubre de 1953, 30 de septiembre de 1955 (3), y otras que citaré en el lugar oportuno—. De la caducidad —que no es tanto institución creada *ex novo* cuanto mera categoría jurídica y calificación de una forma de ineficaz ejercicio (por intempestivo) de ciertos poderes jurídicos—, reciente en nuestro sistema jurídico como forma de extinción de acciones y derechos, no podía haber antecedentes más

— en la doctrina francesa, M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive*, Paris, 1986; A. BENABENT, «Le chaos du droit de la prescription extinctive», *Mélanges Louis Boyer*, Paris, 1996, pág. 123 y sigs.;

— en Italia, PANZA, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Napoli, 1984;

— en la doctrina alemana, K. SPIRO, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährung-, Verwirkung- und Fatafristen*, 1975; HEINRICH, «Reform des Verjährungsrechts?», *NJW*, 1982, pág. 2021 y sigs.; F. PETERS-R. ZIMMERMANN, *Verjährungsfristen*, en «Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts», t. I, 1981, pág. 104 y sigs.; K. SPIRO, «Zur Reform des Verjährungsbestimmungen», en *Festschrift für Wolfram Müller-Freinfels*, 1986, pág. 617 y sigs.; D. RABE, «Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung», en *NJW*, 1992, pág. 2395 y sigs.; H. HAUG, *Die Neuregelung des Verjährungsrechts*, Heidelberg, 1999; R. ZIMMERMANN, «Grundregeln eines Europäischen Verjährungsrechts und die Reformdebatte», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001.2, pág. 217 y sigs.; y «...ut sit finis litium». Grudlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage, «*Juristen Zeitung*», núm. 18 (15 sept. 2000), pág. 853 y sigs.; amén de múltiples comentarios recientes a la reforma de la prescripción en 2001; *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge (Cambridge University Press), 2002.

— en la doctrina anglosajona, N. J. MULLANY, «Limitation of Actions-Where are We Now», *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 34 (1993); M. M. LOUBSER, *Extinctive Prescription*, 1996; A. MCGEE, *Limitation Periods*, 1998 (citada ésta por ZIMMERMANN, obra últ. cit.); N. H. ANDREWS, «Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Legal Policy», *Cambridge Law Review*, núm. 57 (1998), pág. 585 y sigs.; P. GERSTENBLITH, «Recent Developments in the Law of Extinctive Prescription in the United States», *The American Journal of Comparative Law*, 1994, Topic II.A.1 (Supplement), pág. 61 y sigs. Cfr. también E. HONDIUS (coord.), *Extinctive Prescription: On the Limitation of Actions*, 1995.

(3) La STS de 30 de septiembre de 1955 dijo que «en materia de prescripción rige en Cataluña de modo general el Derecho romano y algo el canónico, siendo fundamental entre todas las disposiciones el usatge *Omnes Causae*». Y la de 31 de octubre de 1953, que «la institución de la prescripción en Cataluña se caracteriza por la complejidad de sus fuentes legales, pues rigen en primer término las leyes peculiares de la región, se aplican con frecuencia como supletorios los principios del Derecho canónico y el romano y en defecto de éstos se hace preciso aplicar en algunos puntos los preceptos del Código Civil».

allá de 1940 en que aparece en Derecho español; pero su proximidad institucional y teleológica —el Proyecto de Compilación de la Comisión de Juristas catalanes (1955), le dedicó su último capítulo («De la decadencia o caducidad»)—, y su propia identificación histórica con la prescripción (con la que ha viajado hasta hace poco confundida), obligan a no distinguirlas en ese terreno de la competencia legislativa (regulación de la extinción de los derechos, límite temporal de su ejercicio), en vista de la posición de la STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre el desarrollo del Derecho Civil catalán vigente. Cfr. la Exposición de Motivos, III, párrafo 2.º, sobre esa cuestión.

La aludida necesidad de una regulación propia e integral de la prescripción planteaba, como primer problema, el hasta dónde era posible la fidelidad a su pasado histórico (el *Omnes Causae* y su versión moderna, el art. 344 Comp., sobre todo), y a partir de dónde cabía introducir una importante reforma e innovación, que parecía inevitable.

Que el Derecho es historia, es casi un lugar común. Mas la fidelidad a la historia y la interpretación de aquella frase, es cuestión más delicada y compleja. El Derecho, la más pragmática de las ciencias sociales, es apenas una superestructura normativa fuertemente condicionada por la infraestructura o realidad socioeconómica de la que parte y a la que sirve: pretende dar respuesta a problemas y necesidades reales, los de cada sociedad y momento. El legislador no puede prescindir, tampoco aquí, de esa realidad y vida social (hoy completamente distinta no ya de la que contemplaban el *Omnes Causae* y demás, sino de la de la época de la codificación) que intenta disciplinar.

Los *principales problemas* de la prescripción y la caducidad hoy no son ya dogmáticos (donde ciertas discusiones de otrora están en buena medida superadas y hay asenso sobre su poca utilidad), sino de política legislativa: toma de posición y decisión en relación con varias cuestiones: objeto de la prescripción, efecto extintivo o meramente defensivo, régimen subjetivo u objetivo en el cómputo de plazos, alcance de la autonomía privada de la voluntad, eficacia respecto de las garantías reales que protegen los derechos y pretensiones prescriptibles, etc.

Las *líneas fundamentales de la reforma* se adecúan a las principales necesidades sentidas en relación con la situación normativa anterior. Se referían, sustancialmente (rara unanimidad en la doctrina), a los siguientes aspectos:

- a) Simplificación y abreviación de los plazos prescriptivos, lo cual contribuye a la claridad. Los plazos que hay hoy son muchos (demasiadas distinciones y prescripciones especiales, con olvido de otras no menos importantes) y, en general, demasiado largos.
- b) Cómputo de los plazos prescriptivos. Tanto la letra del artículo 1.969 del Código Civil, que se venía aplicando en Cataluña, como su inter-

pretación jurisprudencial, parecen hoy superados, y debía quedar claro que, en términos generales, sólo puede iniciarse dicho cómputo a partir del momento en que la pretensión puede ser efectivamente ejercitada por su titular, lo que requiere que tal posibilidad, y los datos que la conforman, sean conocidos por éste.

- c) La legitimación de los terceros para invocar la prescripción (en algunos casos), además del titular-legitimado directo.
- d) Autonomía de la voluntad en materia de prescripción, y sus límites. Es cuestión discutida y grave la de la posibilidad de modificación contractual de los plazos de prescripción. Es evidente que la configuración general de la institución y su régimen jurídico (general), por razón de su fundamento y finalidad, es inderogable. Mas ¿ha de serlo siempre y todo su régimen, de forma absoluta?
- e) La introducción de la suspensión en el nuevo régimen legal de la prescripción; quizá mejor, recuperación de la misma, pues el Derecho histórico catalán la conoció, y los tribunales la han aplicado sin solución de continuidad.

II. PRIMERA VALORACION DEL NUEVO REGIMEN DE LA PRESCRIPCION EN DERECHO CATALAN. AMBITO DE APLICACION

1. VALORACIÓN CRÍTICA

Sin perjuicio —insisto— de otras valoraciones y crítica que la mencionada ley merecerá, en una primera aproximación y de su detenida lectura puede concluirse que la regulación de la prescripción y la caducidad merece, en principio y en líneas generales, una buena calificación: sin ser un texto rupturista ni revolucionario, está en línea con los más modernos, o recientes modificaciones en otros ordenamientos (piénsese en la del BGB de 2001); aborda algunas cuestiones irresueltas en la compleja legalidad actual, recupera la suspensión de la prescripción con régimen propio, simplifica las prescripciones especiales y acorta los plazos prescriptivos, contempla una caducidad evolucionada...

Empezando por su ubicación, parece inicialmente correcta. Desde luego, no hay hoy ninguna razón técnico-jurídica que justifique la situación de la prescripción al final de un Código Civil de nueva factura, como ocurre en el español y en la Compilación (influencia, sobre todo, del *Code Napoleon*). Su situación sistemática podía depender, en primer lugar, del tipo y concepción del Código en que se inserte (civil general, patrimonial sólo) y de la sistemática general (gayana, savigniana u otra) por la que opte el legis-

lador. En Derecho comparado hay varios precedentes y modelos: cfr. los Códigos alemán e italiano, el suizo de las Obligaciones y los más recientes holandés o del Quebec. Separada, muy correctamente, la prescripción extintiva de la adquisitiva —véase, como ejemplo prestigioso, el distinto tratamiento sistemático que el BGB da a la *Verjährung* y a la *Ersitzung*; como ese Código, varios otros—, y vista la sistemática del Código Civil de Cataluña y distribución de materias que establece el artículo 3.º de la Ley 29/2002 citada, a falta de un título específico sobre ejercicio de los derechos —lugar quizá el más apropiado: como límite temporal del mismo donde lo sitúan los Códigos italiano y portugués y la Compilación navarra—, no está mal situada la prescripción en el título II del libro I —mejor justificada en el Proyecto de ley sometido al Parlament que abordaba inmediatamente antes el cómputo civil de los plazos, en el título I de forma muy parecida a la del BGB.

Me parece acertada la no regulación, con esta ocasión —como pudo haber tentación de hacerlo—, de los plazos fijos o preclusivos. Estos plazos, muchos y variados, tienen naturaleza y función muy distinta (4). En consideración a esa heterogeneidad de funciones en el régimen de las instituciones respectivas, se ha optado, con buen criterio, por no regularlos genéricamente en este Libro I y título dedicado a la prescripción y la caducidad, donde se da a éstas un tratamiento y régimen general, y aquéllos son específicos para la eficacia de algunos actos o para el ejercicio de ciertos derechos. Creo que debe dejarse su regulación concreta (su duración, y en algún caso cómputo del plazo, no más) para abordarla en el marco de la institución y en el precepto o ley correspondiente, que es el más idóneo por la razón antes apuntada, en lugar de darles aquí régimen general y autónomo ni crear un *tertium genus*, que no parece suficientemente justificado (véase nuestra doctrina más autorizada) ni se da en otros prestigiosos Códigos Civiles (alemán, suizo, italiano, holandés; cfr. también ley 26 Comp. Navarra).

Como otras *novedades plausibles* del Código Civil de Cataluña (C.c. Cat.) en esta materia —a algunas dedicaré enseguida un más amplio comentario y alguna crítica—, cabe apuntar desde ahora:

- a) Mejora técnica y terminológica, que comienza ya en la primera norma al hablar de prescripción de las «pretensiones».

(4) En efecto: en poco se parecen, por ejemplo, los plazos relativos a los artículos 369, 612 y 615 del Código Civil, los de garantía del artículo 1.591 del Código Civil y sus homólogos de la Ley de Ordenación de la Edificación, los de integración o eficacia de ciertos testamentos (arts. 122 y 134 CS; 703, 719 y 730 del Código Civil) y los de los artículos 40 CDCC (inventario de la tenuta), 26 CF (inventario en el usufructo universal), y 30 CS (beneficio de inventario).

- b) La referencia a la imperatividad de las normas sobre prescripción, y excepciones que apunta (art. 121-3): era cuestión importante sobre la que callaba la anterior legalidad, que dividió a la doctrina y sobre la que se pronunció la jurisprudencia sin una línea bien definida, lo que creó graves problemas en orden a las excepciones posibles y la autonomía de la voluntad en esta materia.
- c) La mención explícita de la necesidad de alegación de la prescripción por la parte a la que favorece, y de la legitimación de los terceros para invocarla en ciertos casos (arts. 121-4 y 121-5).
- d) La alusión de las personas frente a quienes actúa la prescripción, con la superación de lo dispuesto en el polémico artículo 1.932 del Código Civil y expresa admisión y regulación de la suspensión, la novedad más importante del régimen de la prescripción (como recuerda la Exposición de Motivos).
- e) La regulación de los efectos de la institución y la explicitación de la irrepetibilidad de lo pagado en cumplimiento de una prestación prescrita (arts. 121-8 y 121-9).
- f) La disminución de prescripciones especiales y el acortamiento de los plazos de prescripción, quizá la necesidad más sentida del viejo régimen de la prescripción (actual).
- g) La regulación de la caducidad, de la que sobresale por su trascendencia práctica, el distinto régimen en varios aspectos según afecte a relaciones jurídicas disponibles o indisponibles.

Junto a esos aciertos hay también *algunas deficiencias*; o, si se prefiere, ciertas respuestas normativas que me parecen desacertadas, que no me convencen (déjese, en todo caso, en mera opinión personal). He aquí algunas de ellas, de diferente naturaleza y gravedad, que justificaré en su momento:

- la innecesaria mención como imprescriptibles de algunas «acciones» (art. 121-2, *in fine*);
- la ausencia de referencia alguna a la capacidad requerida para hacer valer la prescripción, cuestión problemática que creo que debió ser tratada a continuación de la legitimación;
- una mejor definición normativa de los terceros legitimados para oponerla, y límites de esa misma legitimación (art. 121-5.b);
- una limitación excesiva (sólo la apreciación de oficio y la suspensión) de la asimilación a la prescripción de la caducidad de acciones relativas a derechos e intereses disponibles;
- el cómputo de los plazos de caducidad, con una aparente exigencia alternativa (por culpa de una «o» en lugar de «y») del «nacimiento»

(término también desafortunado) de la acción y del conocimiento de los datos y elementos que la fundan;

- ciertos errores —otros *o* en lugar de *y*: arts. 121-2, 121-11.d)— y deficiencias terminológicas o de expresión (*tinguda en compte d'ofici*, en lugar de *apreciada d'ofici*), incluso conceptuales (*les pretensions* que s'exerceixen mitjançant *accions merament declaratives*: art. 121-2).

Dicho eso —en términos muy generales—, para un mejor comentario y valoración crítica del Proyecto que me ocupa seguiré (parece lo más adecuado aquí) el orden de materias y cuestiones de la nueva regulación, es decir, el de los capítulos y secciones del título II en que nos hallamos.

2. AMBITO DE APLICACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

El nuevo régimen de la prescripción y la caducidad en el Código Civil de Cataluña se aplicará —quizá parezca una obviedad indicarlo aquí— a relaciones jurídicas que por razón de territorialidad (art. 10.1-4 y 11 en relación con el art. 16.1 del Código Civil; cfr. también el art. 7.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña) o de otro criterio de conexión y normas de conflicto (*vide* art. 10.5 y 10.10 del Código Civil) deban regirse por el Derecho catalán, sea este Derecho propio (autóctono) o el supletorio aplicable en cada caso (que deviene, así, Derecho catalán).

Quiere eso decir que se aplicará aquel régimen legal de prescripción incluso cuando sea de aplicación el Código Civil a instituciones y relaciones jurídicas que no haya regulado el Parlamento de Cataluña de acuerdo con su ámbito competencial (art. 149.1.8 CE). No, en cambio, cuando se trate de relaciones jurídicas regidas por leyes generales de competencia estatal exclusiva o por el Código Civil directamente (por idéntica razón). Tal es la posición e interpretación predominante en la doctrina catalana actual, que comparto, mas no tanto en la jurisprudencia (y en ciertas resoluciones de órganos jurisdiccionales de Cataluña) (5).

(5) Cfr. LAMARCA I MARQUÈS, «La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el Dret Civil de Catalunya: la seva inaplicació», *RJC*, 1999-4, págs. 974-975.

III. CONCEPCION Y REGIMEN DE LA PRESCRIPCION EN EL CODIGO CIVIL DE CATALUÑA. DISPOSICIONES GENERALES

1. IDEA GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN. CARACTERIZACIÓN

A) *Presupuestos iniciales. Coordinación de intereses enfrentados y de elementos de la prescripción*

Legislar es una tarea no fácil; la introducción de una institución en un ordenamiento —ahora, un régimen nuevo de la prescripción— requiere partir siempre, entre otros presupuestos, de una prudente ponderación de los intereses en conflicto, aquí los de las partes afectadas por la prescripción, donde lo que puede favorecer a una (plazos más o menos breves, cómputo, interrupción o suspensión) perjudicará a la otra, sin que ninguna se vea gravemente afectada de forma indirecta en su derecho de acceso al proceso, importante exigencia constitucional (art. 24 CE).

De otra parte, por lo que concierne ya a nuestra institución, el legislador ha de coordinar con sumo cuidado los elementos más importantes que la configuran (5bis): la duración de los plazos y su cómputo (situaciones a partir de las que los plazos comienzan a correr, incluidos los requisitos), qué hechos pueden interrumpir o suspender la prescripción y cuándo los plazos comienzan de nuevo a correr, y autonomía que se pueda conceder a las partes para alargar o acortar los plazos prescriptivos. Porque si los plazos son largos tiene mucha menos importancia el juego de la interrupción y suspensión de los mismos (mayor, en cambio, para los cortos); a la inversa, en cuanto al cómputo (a partir de un dato objetivo, o a partir del conocimiento o cognoscibilidad de los que configuran la pretensión), que influye más cuando se trata de plazos cortos. En todo caso, el acortamiento de los plazos (tendencia constatada en todos los ordenamientos recientes) sufre menos si se dan normas precisas sobre su cómputo, interrupción y suspensión, que el legislador ha de cuidar particularmente.

Todo eso (presupuestos, exigencias normativas) parece estar presente, en general, en el régimen de la prescripción, que no se aparta, por otro lado, de las líneas más relevantes de los ordenamientos y modificaciones recientes en el mundo jurídico occidental (6). Todo es mejorable, evidentemente. Pero el

(5bis) Véase a este respecto ZIMMERMANN, «...*ut sit finis litium*. Grundlinien eines modernen Verjährungsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage», *Juristen Zeitung*, 2000-18 (15-9-2000), pág. 857 y sigs.

(6) ZIMMERMANN menciona, como líneas principales del «desarrollo internacional de la regulación de la prescripción» en las últimas décadas, las siguientes: la mayor unificación posible de los plazos de prescripción; que el plazo unitario no sea especialmente corto (6 meses) ni excesivamente largo (30 años), sino que debería moverse entre los dos

texto legal que nos ocupa creo que cumple con holgura esos mínimos que en principio le eran exigibles y se alinea, sustancialmente, con las líneas directrices predominantes en Derecho comparado.

B) *Concepción objetiva*

En esa inteligencia, parte acertadamente de una concepción objetiva de la prescripción, basada en la seguridad jurídica —cfr. STC 147/1986, de 25 de noviembre, que invoca directamente el art. 9.3 CE—, compatible con el derecho a la tutela judicial —que «no quede imposibilitada por insuficiencia del plazo establecido al efecto» (STC 160/1997)—, y en el interés social (dotar de firmeza y certidumbre a las relaciones jurídicas), hoy predominante en la doctrina e incluso en la jurisprudencia reciente (SSTS de 12 de julio de 1991, 15 de marzo y 24 de mayo de 1993, por ejemplo), más que en la protección que dispensa al sujeto pasivo de la relación jurídica (aunque también, pero ahora como ciudadano protegido jurídica y socialmente más que como interesado concreto).

Ello justifica y ha de relacionarse con la naturaleza imperativa del régimen general de la prescripción del artículo 121-3 del Código Civil de Cataluña (como ya sugería la STS de 4 de julio de 1953), conjugable con el juego de la voluntad de los afectados por el transcurso del tiempo en dos órdenes y momentos: interrumpiendo los plazos de prescripción y haciéndola valer frente a la pretensión extemporánea. La necesidad de alegación de la prescripción por el interesado en ella deviene así límite funcional a su operancia, que debe ser, por lo demás, *ope legis* (desde el momento del cumplimiento del plazo prescriptivo, una vez alegada con éxito).

En el nuevo régimen legal, la prescripción queda relacionada directamente con el retraso (objetivo) en el ejercicio de los derechos (cfr. sentencia de 12 de julio de 1985), en el sentido de «silencio de la relación jurídica» —de que ya hablaban GRAWEIN (1880) y ALAS-DE BUEN-RAMOS (1918)—, de acuerdo con cánones predeterminados (plazos, cómputo) y al margen, en términos generales, de la posición subjetiva de sus protagonistas, referida ésta tanto a la inactividad como a su causa; sin perjuicio, en este último aspecto, de atender a alguna situación personal concreta (en el inicio del

y los cinco años; que en el cómputo de tal plazo debería ser más relevante el conocimiento por el acreedor de las circunstancias de la pretensión que el dato objetivo de su nacimiento; que al lado de ese plazo, ligado al conocimiento o al desconocimiento negligente, ha de establecerse un plazo máximo, de entre 10 y 30 años, basado en un criterio objetivo; y que en el plano internacional cada vez es más aceptada la llamada eficacia débil de la prescripción, o sea, que el transcurso del plazo prescriptivo no comporta la extinción del crédito, sino que el deudor tiene la facultad de negarse a cumplir la prestación («Das neue deutsche Verjährungsrecht - ein Vorbild für Europa?», en KOLLER-ROTH-ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2000*, München, 2002, pág. 9 y sigs.; trad. de Vaquer Aloy).

cómputo del plazo) o entendida como excepción o como motivo de suspensión de los plazos pertinentes.

Sensible el legislador catalán a las corrientes imperantes en Derecho comparado de forma abrumadora —en un mundo y tráfico jurídico y económico con clara tendencia a la unificación internacional de las reglas sobre contratación y prescripción (Convención de Viena, *Uniform Commercial Law* norteamericano, Principios del Derecho Contractual Europeo, ...)—, converge este régimen de la prescripción con aquellos criterios en cuanto a estas importantes cuestiones: considerable acortamiento de los plazos prescriptivos, unificación creciente de los plazos (frente a una amplísima variedad y casuística anterior), y generalización del criterio del conocimiento o cognoscibilidad de los datos que configuran la pretensión en el cómputo de los plazos.

2. NATURALEZA IMPERATIVA DE LAS NORMAS DE PRESCRIPCIÓN, Y EXCEPCIONES

El régimen general de la prescripción, en la mayor parte de los ordenamientos y en la mejor doctrina, es considerado normativa de *ius cogens*, por razón de su fundamento y finalidad sustancial (seguridad jurídica, certidumbre de las relaciones jurídicas). Así, explícitamente, en algunos Códigos; y lo establece también el artículo 121-3 del Código Civil de Cataluña, lo que se traducirá, en el plano normativo y en el tráfico jurídico, en la inderogabilidad de sus reglas, como principio. Pero ello, si lógico e indiscutido desde el punto de vista institucional, no debe serlo en términos absolutos; el problema está en su alcance, límites y posibles excepciones. En la concepción y funcionamiento de la prescripción hoy dominante —que asume este texto legal— ello es compatible con cierto margen de autonomía de la voluntad en ese ámbito de derechos e intereses disponibles propio de la institución; opinión hoy pacífica, seguida siquiera sea sólo para ciertos casos por nuestra jurisprudencia (7), y predominante también en otros ordenamientos prestigiosos (8).

(7) Cabe citar, entre otras, la sentencia de 26 de septiembre de 1994: «La fijación del *dies a quo* para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto que el artículo 1.969 del Código Civil no es, a estos efectos, un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* (sentencias de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 16 de diciembre de 1987, 8 de octubre de 1988, 17 de junio de 1989, 15 y 30 de julio de 1991, y 30 de enero de 1993, entre otras)». En idéntico sentido, las sentencias de 14 de febrero y 26 de mayo de 1994 y 3 de septiembre de 1996. Cfr. también sentencia de 16 de diciembre de 1957.

(8) Esta ha sido una de las cuestiones más discutidas en la *Schuldrechtskommission* alemana (agosto 2000), en lo referente a la reforma de la prescripción, según dice R. ZIMMERMANN («Grundregeln eines Europäischen Verjährungsrechts und die Reformdebatte», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001.2, pág. 221), con amplios datos y referen-

Relacionada con todo eso está la cuestión de la posibilidad de modificación contractual de los plazos de prescripción —límites de la autonomía de la voluntad en este ámbito—, respecto de la que algunas legislaciones se han pronunciado en sentido diverso (9). En general, tanto los autores como los ordenamientos se muestran cada día más proclives a aceptar una limitada intervención de la voluntad de los interesados en la modificación de los plazos (sobre todo, para abreviarlos); incluso ordenamientos otrora cerrados y restrictivos, como el francés (10). En nuestro país hay opiniones en ambos sentidos. Prestigiosos autores han defendido la modificabilidad (11); también cierta jurisprudencia (cfr. sentencias de 16 de diciembre de 1957 y 30 de mayo de 1984). Algunos se oponen, invocando razones de seguridad del tráfico, repercusión a terceros, riesgo de abuso por parte del contratante más poderoso (12).

cias al respecto, y a la Comisión Lando (Principios de Derecho contractual europeo). Véase también, por lo que atañe al Derecho francés, M. BANDRAC («Les tendences récentes de la prescription extinctive en Droit français», *Rev. Intern. Dr. Comp.*, págs. 364 y 367-368), donde afirma que «los pactos relativos a la prescripción son lícitos, a condición de que no lleguen a excluirla», en particular los que abrevian los plazos, pero no los que los alargan, porque tienden a suprimir la prescripción; e incluso son válidas las cláusulas que tienden a suspender una prescripción de forma distinta de las causas legales (por ejemplo, convenir la suspensión de la prescripción durante los tratos transaccionales); pero considera la jurisprudencia francesa ilícita la cláusula que excluya la suspensión por minoría de edad, que es de orden público, incluso de orden público internacional (S. Cour Cass., 21 de marzo de 1979).

(9) En sentido negativo, los Códigos italiano (art. 2.936), portugués (art. 300), suizo de las Obligaciones (arts. 129 y 141), holandés (art. 3.11.10), y en nuestro país la Compilación navarra (Ley 27). En sentido positivo, el BGB, § 225 original; el actual § 202, redac. de 2001, establece que «1. En caso de responsabilidad por actos y omisiones deliberados, el plazo de prescripción no puede ser acortado anticipadamente por medio de pacto. 2. El plazo de prescripción no puede ser alargado por pacto por más de treinta años desde el comienzo del plazo legal»; también, los Principios de Derecho contractual europeo (art. 14.601), y los Principios UNIDROIT (1995), aunque limitadamente.

(10) Cfr. J. CARBONNIER, «Notes sur la prescription extinctive», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, pág. 176; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *Droit Civil-Les Obligations*, t. II, París (Sirey), 2.ª ed., 1989, pág. 292, donde citan jurisprudencia sobre la validez de los pactos que abrevian los plazos y aluden a sus riesgos; y M. BANDRAC, *op. loc. cit.*, págs. 364 y 367-36.

(11) Cfr. DIEZ PICAZO, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona (Bosch, Casa Ed.), 1964, págs. 121-122; PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Barcelona, 1996 (3.ª ed.), pág. 113 y sigs.; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, t. I-2.º, Barcelona, 1996, pág. 503 y sigs.; también, UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho Civil*, Granada (Ed. Comares), 1997, pág. 248 (con distinciones). Como trabajos recientes sobre esta cuestión, cfr. J. R. GARCÍA VICENTE, «Modificación convencional de los plazos de prescripción», y A. RUDA GONZÁLEZ, «Pactes sobre la durada del termini de prescripció en la modernització del Dret d'obligacions alemany», ponencias presentadas en las *XII Jornades de Dret català a Tossa*, septiembre 2002.

(12) OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*, Granada (Ed. Comares), 1995, pág. 83 y sigs.

Con plazos relativamente unificados o pocos, como los del Código Civil de Cataluña, resulta más fácil y razonable dar mayor libertad a las partes para modificarlos dentro de ciertos límites, y siempre que no se produzca indefensión o debilitación de ninguna de aquéllas, en particular de la más vulnerable. Por todo ello y, sobre todo, por la disponibilidad de la materia y de las pretensiones susceptibles de prescripción, parece acertada la decisión de modificabilidad de los plazos prescriptivos, siempre que ello no exceda de los límites que menciona el artículo 121-3 (13).

«Quizá hubiera sido oportuno aludir —escribía yo, en vista del Proyecto de ley que callaba al respecto— a que esa modificación no deje indefensa o en situación de clara inferioridad a ninguna de las partes, sobre todo cuando una de ellas esté en una posición más débil (consumidores y usuarios, por ejemplo, cuya protección y normas especiales son imperativas)». Pues bien: a su paso por el Parlament se ha añadido (a la posibilidad de abreviación o alargamiento limitado de los plazos) la frase *sempre que el pacte no comporti indefensió de cap de les parts*. Me parece correcta y plausible esta exigencia-limitación de la autonomía de la voluntad, por la razón que queda apuntada. Con esa última mención explícita procederá, junto a la nulidad del pacto cuando no se acomode a la previsión legal (sencillamente, nulidad de los actos *contra legem*, de acuerdo con el art. 6.3 del Código Civil), la equiparación a ello de los casos en que haya habido mala fe o notorio abuso de ese derecho (de modificación de los plazos) por imposición de la parte que ocupe una posición dominante en la relación jurídica en detrimento de la otra.

3. OBJETO DE LA PRESCRIPCIÓN

A) *Prescriben las pretensiones*

Al proyectarse un nuevo régimen general de la prescripción debía tomarse partido acerca del objeto de la prescripción (¿derechos, acciones, pretensiones?), porque ello condiciona ciertas decisiones normativas. Y el legislador catalán ha partido, con buen criterio, de un presupuesto técnicamente irreprochable (pienso yo): que hoy no puede hablarse, en puridad, de prescripción

(13) El límite podía haber sido otro, como el máximo de 30 años del § 202.2 del BGB en el alargamiento (no tiene límite para la abreviación negocial), o el de acortamiento a no menos de un año y el alargamiento máximo de 30 años de los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 14: 601); pero los que señala el artículo 121-3 tienen cierto precedente en nuestro Derecho procesal (prórroga de plazos) y parecen, en principio, razonables.

de derechos o de acciones —término este tan controvertido y polisémico—, sino que prescribe la *pretensión*, como han venido a reconocer las SSTS de 5 de julio de 1957, 12 de marzo de 1965, 28 de enero de 1983 y 12 de abril de 1994, entre otras (cfr. también los párrafos 196 y sigs. BGB). No es concepción heterodoxa en nuestro Derecho (14), sino compatible con la, aún no explicitada, de nuestro sistema jurídico (en particular, en la jurisprudencia), y es la que se ha impuesto en la doctrina española más autorizada (Díez PICAZO, J. M. MIQUEL, entre otros). Es, por otro lado, cuestión pacífica en la doctrina alemana, italiana y francesa reciente.

Cabe aquí la idea de pretensión que tiene, por ejemplo, el párrafo 194 del BGB: la facultad o derecho de exigir de otro una acción o una omisión (15), que ha hecho suya nuestro legislador (16). La definición adoptada es, literalmente, la del BGB, es decir, la de la *Anspruch* de WINDSCHEID. Sin embargo, su propia concepción ha variado en casi siglo y medio, y la jurisprudencia alemana ha ido matizando esa idea y definición, y hoy es preciso asumir un concepto amplio de *pretensión*: todo lo que pueda significar la satisfacción de un interés legítimo. El considerar que es la pretensión (y no la acción o el derecho) lo que prescribe, por otro lado, permite justificar la imprescriptibilidad de ciertas acciones (las que no incorporan una pretensión) y distinguir mejor la prescripción de la caducidad, donde lo que se extingue o periclita no es precisamente una pretensión, sino otras cosas (derechos potestativos, alguna facultad, otros poderes de actuación jurídica).

(14) La LEC del 2000 maneja ese término y categoría jurídica con mucha frecuencia y correcto tecnicismo (procesal, más que sustantivo, ciertamente): artículos 5.2 (sobre tutela jurisdiccional), 20 (renuncia y desistimiento), 21 (allanamiento), 22, 209 y 218 (sentencia), 219, 222 (cosa juzgada), 251, 399 (demanda), 405 (contestación), 406 (reconvencción), 409, 424, 426, 433... (cita, obviamente, no exhaustiva); y emplea decenas de veces los términos «pretender», «pretenden», etc. Mas la pretensión procesal es expresión, en dicho ámbito, de la correspondiente pretensión sustantiva, la de poder exigir a otro, en el orden material o de fondo, una acción o una omisión.

(15) Idea que mantiene el alemán *Diskussionensentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* (2000) —con una propuesta de amplia modificación del BGB, entre otros aspectos, en materia de prescripción—, y la propia *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001 (entrada en vigor el 1 de enero de 2002), y su doctrina reciente y especializada. Cfr. R. ZIMMERMANN, «Gundregeln...», cit., *loc. cit.*

(16) No estoy seguro que sea acertado dar en un texto legal (aunque lo hiciera el BGB en 1896: entonces era cuestión muy debatida y había que tomar posición) y en un lugar como éste (prescripción) una definición de pretensión —que no figuraba en el Proyecto de ley presentado al Parlament (cfr. enmienda 53)—, categoría jurídica muy general que va más allá de esta sede normativa; sobre todo cuando en el artículo siguiente va a decirse otra cosa (creo que erróneamente): pretensiones que se ejercitan mediante acciones meramente declarativas (que comento más adelante).

B) *Prescripción de las excepciones*

Junto a las pretensiones deben prescribir, en principio, las excepciones (la posibilidad de oponerlas). Discutida de antiguo esa cuestión —CÁNCER y BORRELL I SOLER, en la doctrina catalana, lo negaron: el primero invocaba la regla *temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*—, hoy aceptan la prescriptibilidad de las excepciones la jurisprudencia española (cfr. sentencias de 12 de marzo de 1965 y 12 de abril de 1994) y la doctrina autorizada más reciente (DÍEZ PICAZO, por ejemplo), en particular las excepciones fundadas en una contraprestación que impliquen el ejercicio de una pretensión en forma de defensa —a que aludió la sentencia de 12 de marzo de 1965—. El artículo 121-1 no hace distinción alguna, y ello puede crear problemas, por lo que quizá hubiera debido recogerse esa distinción, para evitar casos más dudosos. En el contexto conceptual y normativo del Código Civil de Cataluña cabe pensar que sólo prescriben las excepciones que llevan incorporada una pretensión: por ello, no la *exceptio non adimpleti contractus* (que ya la propia sentencia de 12 de marzo de 1965 consideró imprescriptible).

C) *Materia disponible*

La prescripción sólo afecta a pretensiones derivadas de relaciones jurídicas y *derechos disponibles* (cfr. art. 2.934 del Código Civil italiano) porque, dado el funcionamiento de la prescripción (facultad de oponerla), permite indirectamente disponer de los derechos y pretensiones afectados. Los derechos indisponibles y pretensiones correspondientes (*res extra commercium*) deben ser y son imprescriptibles, en tanto que insertas en relaciones jurídicas sometidas a *ius cogens* (cfr. ley 41-1 Comp. nav.) y no controladas por la autonomía de la voluntad (que es lo que ocurre cuando el afectado por la prescripción decide oponerla o no ante una reclamación tardía); aunque, a veces, su vida y su ejercicio esté sometido a plazos de caducidad (por otros motivos).

La imprescriptibilidad de las pretensiones relativas a derechos indisponibles a que alude el artículo 121-1 —distinta de la de ciertas pretensiones y acciones del art. 121-2— dependerá de la naturaleza de los derechos y relaciones de que dimane la pretensión. Son, sustancialmente, las que atañen a derechos fundamentales de la persona, a relaciones de estado civil y de familia, y asimilables o concomitantes. Pero también a las derivadas de otro tipo de derechos y relaciones que, por disposición de la ley, son igualmente imprescriptibles: tal, el dominio público (art. 132 CE).

4. PRETENSIONES NO PRESCRIPTIBLES

Sobre la prescriptibilidad de ciertas acciones (pretensiones), ha habido antiguo y gran debate en la doctrina catalana y hoy lo complican todavía el artículo 344 de la Compilación y otras normas. La regulación que a ese respecto establece el artículo 121-2 parece correcta, amén de necesaria.

En cuanto a la *acción meramente declarativa* —es decir, la que no incorpora una pretensión restitutoria o petitoria de cualquier clase, ni de condena—, es doctrina prácticamente generalizada que es imprescriptible. La razón fundamental (técnico-jurídica) de su imprescriptibilidad es que tal acción no es ni comporta una pretensión, objeto directo y efectivo de la prescripción. (Por eso me parece incorrecto decir que no prescriben *les pretensions que s'exerceixen mitjançant accions merament declaratives*: bastaba decir, como en el Proyecto, *no prescriuen les accions merament declaratives*.) Algunos ordenamientos próximos establecen tal imprescriptibilidad (ley 41-2 Comp. nav.), y normas especiales recientes, por otro lado, también la han declarado imprescriptible: cfr. artículo 19, último párrafo, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Por ello se establece explícita y correctamente (salvo la desafortunada expresión aludida) y con carácter general en tal sentido en este artículo.

Otras acciones

Autores antiguos sostuvieron la imprescriptibilidad de la propiedad y los derechos reales (17). Los proyectos de Apéndice y otros, desde el de Durán i Bas hasta el de 1930, recogieron esas ideas y la contraria. El artículo 344 de la Compilación, por su fidelidad al usatge *Omnes Causae*, estableció que «les accions i els drets, siguin personals o reals [...] prescriuran...»; lo que llevó a la conclusión de que en Cataluña prescriben todos los derechos y acciones, sin excepción (en ese sentido, sentencias antiguas como las del TS de 8 de julio de 1902 y 21 de junio de 1909). Basándose precisamente en el *Omnes causae* pudo sostener antes ya PELLA I FORGAS (18) la no aplicación en Cataluña del artículo 1.965 del Código Civil. De esta opinión disintió, sin embargo, BORRELL I SOLER, para quien «tanto el Derecho romano como el Derecho catalán declaran imprescriptibles las acciones divisorias *communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum*». Su autoridad se ha impuesto en la doctrina catalana.

(17) Cfr. BORRELL I SOLER, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, 2.^a ed., t. I, Barcelona, 1944, págs. 282-283, notas 9 y sigs.

(18) *El Código Civil de Cataluña*, t. IV, Barcelona, 1918, pág. 433.

Hoy avala esta tesis, además, el artículo 45 del Codi de Sucesions (cfr. sentencia del TSJC de 15 de febrero de 1996), por lo que parece laudable explicitar legalmente, como hace el artículo 121-2, la imprescriptibilidad de las acciones (pretensiones) que mencionan BORRELL I SOLER y el artículo 1.965 del Código Civil español (cfr. también ley 41 Comp. nav.).

Se ha añadido en este artículo, como imprescriptible, la acción «de elevación a escritura pública de un documento privado» (¿acción o pretensión?), con dudosa oportunidad y sin razón suficiente (ni siquiera de tipo histórico); sólo razones de política legislativa podrían justificarlo (?). Y también, con técnica legislativa muy deficiente, como imprescriptibles, «las pretensiones relativas a derechos indisponibles» —ya estaba dicho, implícito, en el art. 121-1— «o [sic; ¿por qué no “y”?] las que la ley excluya de la prescripción» (mención perfectamente inútil e innecesaria). No me parecen afortunadas esas adiciones: no completan nada y estropean la redacción y el precepto.

5. PERSONAS LEGITIMADAS PARA HACER VALER LA PRESCRIPCIÓN

5.1. *Legitimación directa. Capacidad*

Por lo que respecta a la legitimación directa para invocar u oponer la prescripción, es obvio que puede oponerla el sujeto pasivo de la relación jurídica frente a quien se formula la pretensión correspondiente: «las personas obligadas a satisfacer la pretensión», dice el artículo 121-5.a) —¿no hubiera sido más correcto decir «la persona frente a quien se ejercita la pretensión prescriptible», o algo parecido?— Esa es la regla general, y caso más frecuente en la práctica.

Nada dice ese artículo sobre la *capacidad* del sujeto que puede invocar la prescripción, cuestión importante sobre la que creo había que pronunciarse, porque ya está creando problemas (19). Viene estimando la doctrina (PUIG FERRIOL, por ejemplo) que es exigencia excesiva el requerir capacidad de obrar plena, de disposición, como regla general, posición que comparto; pero el problema subsiste: ¿qué capacidad? Pienso que cabría distinguir según el ámbito en que opera: en el judicial se requerirá la capacidad necesaria para

(19) La enmienda 57, del G. P. Socialistes-Ciutadans pel Canvi, proponía, como legitimada, «la persona obligada a satisfacer la pretensió que tingui *capacitat per comparèixer en judici, si s'al.lega en un procés, i la persona que tingui capacitat per administrar els seus béns i interessos, si s'invoca extrajudicialment*». Esa enmienda fue retirada luego. En todo caso, no se entiende bien que en el texto legal definitivo aparezca una regla sobre capacidad para los actos interruptivos (aunque sea tan pobre y poco afortunada como la del art. 121-12.a): *que tingui capacitat suficient*) y no se prevea ninguna para la alegación de la prescripción.

comparecer en juicio (cfr. arts. 159.1 CF y 323 del Código Civil), y en el extrajudicial dependerá de los derechos y relaciones jurídicas de que se trate o con los que se relacione la pretensión actuada y prescrita, y para lo que parece suficiente, en el orden práctico, la capacidad natural, o la de para administrar, no la de disposición, aunque en puridad pueda estimarse que el no hacer valer la prescripción está más próximo a disponer que a administrar.

Esta última (aparente) contradicción exigía que el legislador se hubiera pronunciado. El silencio del artículo 121-5 (y de cualquier otro) sigue dejándonos en la duda.

5.2. *Legitimación de los terceros*

Además de los legitimados directos, también los terceros (hay que entender por tales a las personas distintas de aquélla a la que favorece directamente la prescripción) pueden invocarla (judicial o extrajudicialmente) en ciertos casos. Ello no es total novedad en Derecho catalán, sino sólo generalización razonable de algo que ya existe, pues hay un supuesto en que es posible: el artículo 1.937 del Código Civil (aplicable hoy en Cataluña), si bien limitado al caso de renuncia a la prescripción ganada. La razón, su fundamento, es muy próximo (aunque con distintos requisitos) al de la acción subrogatoria y otras que protegen a terceros perjudicados por acción u omisión del interesado principal.

La oponibilidad de la prescripción por terceros está regulada en otros ordenamientos: así, en el Código Civil italiano (art. 2.939 con precedentes en el Código de 1865) y, con alguna variante, en el Código portugués, entre los próximos. Y parece razonable legitimar a los terceros para oponer la prescripción para evitar perjuicios a aquellos que resulten afectados por la mera pasividad de quien puede invocarla por derecho propio o por la renuncia de éste. El problema principal es el de definir lo mejor posible quiénes sean esos terceros legitimados, punto en el que el Código Civil de Cataluña es demasiado parco.

El artículo 121-5.b) dice «los terceros perjudicados en sus *intereses legítimos*...». No podrá, pues, oponer la prescripción cualquier tercero, sino sólo los terceros *perjudicados* en los dos casos que menciona: *a)* por la pasividad del favorecido por ella, caso de no hacerlo éste frente a una pretensión concreta y tardía que le afecte —supuestos posibles y notorios, el del propietario de la finca hipotecada a favor del deudor que no opone la prescripción del crédito garantizado, o en el fiador en caso de idéntica actitud del afianzado, o en el vendedor (citan los autores italianos) garante de evicción que podría oponer la prescripción de un derecho real sobre la cosa vendida—; y *b)* por la renuncia de la prescripción consumada, caso que coincide con el actual artículo 1.937 del Código Civil español y es consecuencia del artículo 6.2 del mismo; en ambos casos con la excepción que diré.

Mas, aunque no lo dice el citado precepto, parece razonable que no todo tercero perjudicado (en sentido amplio) pueda oponer la prescripción, sino sólo los terceros que estén en condiciones de invocar un interés legítimo *relacionado con la prescripción* (la no oposición o la renuncia dichas) y basado en una relación jurídica concreta con la parte directa y primariamente afectada por la pretensión prescrita, incluso los acreedores de esa parte. Pienso que no podrán, en cambio, invocarla los afectados por un mero interés de hecho, con una repercusión simplemente material e indirecta o refleja (que también pueden ser «perjudicados»), lo que además de poder alcanzar a muchos, demasiados, desnaturaliza esa legitimación de los terceros según su propio fundamento.

La redacción de la norma comentada, que en el Proyecto presentado al Parlament no tenía ninguna excepción, dejaba alguna duda: ¿cabría siempre la legitimación de esos terceros?; ¿habría algún límite a la legitimación de los mismos? Pienso que esa oponibilidad de la prescripción por los terceros debería tener, a su vez, como límite o excepción estos dos casos: cuando la pretensión haya sido satisfecha, situación en que es preferible (por menos perturbador en el tráfico jurídico y no menos eficaz) dejar que el perjuicio del tercero sea subsanado por reclamación al titular pasivo que dejó de oponer o renunció a la prescripción consumada; y cuando, en caso de reclamación judicial de la pretensión, no invocada la prescripción o renunciada, haya recaído sentencia firme (por la inamovilidad de la cosa juzgada). Esta última excepción ha sido introducida en el artículo 121-5.b) (*excepte si hi ha recaïgut sentència ferma*) —por mor de la enmienda 58, de ERC—. No ocurre lo mismo con la primera —que creo igualmente justificada—, lo que puede dar lugar a problemas.

6. FRENTE A QUIÉN OPERA LA PRESCRIPCIÓN

A) *En perjuicio de toda clase de personas*

El artículo 121-6 del Código Civil de Cataluña atiende a una cuestión importante: frente a quién se puede oponer y frente a quién opera en su efecto extintivo la prescripción. A la hora de abordarlo era importante decidir si procedía mantener el régimen del artículo 1.932 del Código Civil, o si habría lugar a volver total o parcialmente a la vieja máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, y sus límites. Dicha regla estuvo vigente en el Derecho histórico catalán, como han recordado las SSTs de 15 de febrero de 1886 y 19 de diciembre de 1961. Recuperarla en el Código Civil catalán por medio de la suspensión suponía más que ruptura con la normativa reciente, una vuelta a precedentes propios y, quizá mejor, a una regla que parece más

justa que la del Código Civil español que se venía aplicando después de la Compilación de 1960. Me parece una decisión no sólo acertada —por razones de política legislativa e históricas— sino inevitable.

Esta cuestión ha de relacionarse, pues, con la introducción en el nuevo régimen de la prescripción de la suspensión para supuestos y personas afectadas por incapacidad y otras, mecanismo de protección de éstas y solución por la que han optado otros ordenamientos.

B) *Derecho a reclamar al negligente (art. 121-6.2)*

Sin perjuicio de todo lo anterior, en el caso en que la prescripción se haya consumado por no haber sido interrumpida por quien pudo y debió hacerlo (representante legal, gestor de personas jurídicas, etc.), y ello perjudique a una persona que no pueda prevalerse de la suspensión de la prescripción, el perjudicado podrá reclamar lo pertinente (casi siempre, reparación del daño, indemnización de perjuicios) contra la persona cuya negligencia —inejercicio temporáneo del derecho, no interrupción del plazo prescriptivo— hubiese sido causa de la prescripción y, por su conducto, del perjuicio correspondiente para el titular de la pretensión prescrita (20).

7. SUCESIÓN EN LA PRESCRIPCIÓN

Aludida en el artículo 121-7, el fundamento de esta norma está en el concepto y funcionamiento de la sucesión en los derechos y relaciones jurídicas, tanto en el lado activo como en el pasivo de los mismos, fenómeno en el que el sucesor de una y otra clase ocupa en nuestro ordenamiento la posición jurídica de su *auctor*, para bien y para mal, y el tiempo o plazo iniciado por y para el causante, cuando el tiempo es trascendente en la vida (usufructo) o en la muerte (prescripción) de la propia relación, se prolonga y afecta al sucesor —*rectius*, a la relación jurídica, al derecho en la cabeza de su nuevo titular—.

Todo eso opera tanto por lo que respecta a la prescripción, en cuanto a quien favorece (quién puede hacerla valer) y en cuanto a quien perjudica (el titular de la pretensión prescrita o prescriptible), y respecto de la interrupción

(20) Es evidente que la posibilidad de reclamar ese perjudicado contra el causante de la prescripción y de los perjuicios de referencia existe sin necesidad de esta norma, por el simple juego de las generales de la responsabilidad civil o las especiales que afecten a los interesados según la situación o relación que les una. Sin embargo, bien está el mantener en este precepto esa regla porque es clásica entre las de la prescripción y complementa y apoya la del número 1.

o suspensión del plazo prescriptivo para los correspondientes afectados. Así ocurre ahora para la prescripción adquisitiva en el artículo 1.960, regla 1.^a, del Código Civil español (la *successio* y la *accessio possessionis* de los clásicos). La *ratio legis* es idéntica, y también el funcionamiento de esta norma del Código Civil y del artículo 121-7 del Código Civil de Cataluña que se comenta. Su ubicación (en «disposiciones generales») es más correcta.

8. NO APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA PRESCRIPCIÓN (ART. 121-4)

A) *Justificación y funcionamiento*

Dada la concepción actual predominante de la prescripción (doctrinal y jurisprudencial, en los Derechos hispanos y en otros ordenamientos), es obligado, amén de razonable, mantener su actual régimen (la eficacia débil de la doctrina anglosajona): que no pueda ser apreciada de oficio por los tribunales, sino que producirá sus efectos sólo si es invocada oportunamente por el interesado (excepcionalmente, por terceros), extremo que el ordenamiento deja a discreción del interesado (cfr. STC 215/1989, de 21 de diciembre). Aun siendo valor entendido, era oportuno expresarlo así (frente al silencio del Código Civil español), por lo que es plausible haberlo explicitado en este artículo, como en casi todos los de nuestro entorno jurídico, incluido el Código Civil francés (21).

La forma normal y más habitual de hacer valer la prescripción es por vía de excepción. Se tratará de una excepción material, en el sentido del artículo 405.1 de la LEC y del artículo 2.921 del reciente Código de Quebec (el más explícito al respecto): «la prescription extinctive est un moyen [...] d'opposer une fin de non-recevoir à une action»; no una excepción formal, procesal.

Mas nada impide que pueda ser alegada por vía de acción (incluida la reconvencción) —eficacia ofensiva de la prescripción, hoy con mayor juego por mor del art. 121-8.2 del Código Civil de Cataluña—, si hay un interés en accionar en ese sentido, para obtener una sentencia declarativa de la extinción del derecho o pretensión correspondiente: así, hasta ahora, y bajo la nueva legalidad.

(21) Lo que no es tan plausible es la redacción, reiterativa, del artículo 121-4: bastaba decir que no puede ser apreciada de oficio por los tribunales, o la necesidad de ser alegada por persona legitimada, pues cualquiera de esas expresiones es suficiente para que quede clara la idea esencial. Repetirlo, como hace el precepto, no añade nada y sí atenta contra la claridad y sencillez que la ley debe tener. Más grave es la cuestión de la relación que deba haber entre la alegación extrajudicial y la judicial: hecha de la primera forma, ¿es necesario reiterarla luego judicialmente, si la pretensión es reclamada en esa vía? Parece que sí, mas no es cuestión pacífica.

Invocada la prescripción por el interesado, no vincula su calificación al juez, quien podrá aplicar un plazo prescriptivo distinto del alegado por aquél: sencillamente, por el juego del principio procesal *da mihi factum, dabo tibi ius* (cfr. arts. 216 y 218.1 LEC).

B) *Momento procesal oportuno de alegación*

Cuestión importante esta del momento procesal idóneo para hacer valer la prescripción cuando la pretensión se ejercite ante los tribunales y la prescripción deba ser invocada en el curso de un proceso —lo decía el Proyecto del Código Civil español de 1851 (art. 1.941: «...en todo estado del juicio anterior a la sentencia»); calló, en cambio, el Código Civil de 1889—; cuestión que el Tribunal Constitucional ha relacionado con la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Código Civil de Cataluña no ha recogido este importante extremo —que la alegación de la prescripción se haga en *momento procesal oportuno* (fase de alegaciones), de manera que ello no produzca indefensión—, cuya presencia en el texto legal no es supérfluo, puestos a decir que la prescripción debe ser alegada por parte legitimada.

En efecto: Si no se alega la prescripción en fase de alegaciones, hay que entender precluida la posibilidad de prevalerse de ella en juicio, porque se privaría a la parte contraria de contradecirla procesalmente con los medios y garantías suficientes, que el Tribunal Constitucional ha considerado imprescindibles en el marco del principio y derecho constitucional de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE: «se trata de una auténtica excepción sólo oponible por la parte, en cuanto introduce un hecho nuevo (principio de aportación: *judex judicare debet secundum allegata partium*) que debe ser conocido por la contraria para que se cumpla el principio de contradicción, el no hacerlo así en el momento procesal oportuno (fase de alegaciones), o ser traído y apreciado el hecho básico por el juez, constituye una infracción de las normas que rigen el adecuado y correcto proceso» (STC 215/1989, de 21 de diciembre). Cfr. también SSTC 32/1992 y 168/1992, entre otras; en el mismo sentido, el Tribunal Supremo, desde una vieja sentencia, la de 18 de junio de 1962. Véanse ahora artículos 400 y 406.1 LEC.

Pues bien: pienso que esa doctrina constitucional, de particular trascendencia práctica, pudo y debía haberse recogido en este artículo 121-4. Cosas más obvias (en cuanto valores entendidos en el plano teórico) y no estrictamente necesitadas de marchamo legal aparecen en no pocas leyes, y también en este texto comentado.

9. EFECTO DE LA PRESCRIPCIÓN

A) *Efecto extintivo*

Oportunamente opuesta (sólo así, y no antes), actúa la prescripción, en su efecto extintivo, desde el momento en que se cumplió el plazo prescriptivo, en la inteligencia de que el derecho o pretensión afectados por la prescripción se ha extinguido desde ese instante. Es en ese sentido como se debe entender que la prescripción opera *ope legis*, y así se hace constar en el artículo 121-8, correcta y oportunamente. Difiere este sistema del alemán y algún otro, en que la prescripción tiene un efecto sólo defensivo: mera oposición al cumplimiento de la pretensión ejercida extemporáneamente.

Frente a alguna opinión valiosa a favor de la retroactividad (BAUDRY-LACANTINERIE, PUGLIESE), con argumentos varios y hoy no convincentes, predomina la tesis de que la prescripción no tiene alcance retroactivo y, como se dice en este artículo explícitamente, produce efectos *ex nunc*, desde la fecha de su consumación, «cuando se cumple el plazo».

Hay, en cuanto a aquel efecto extintivo, algunos problemas importantes que no procede examinar ahora, pero que están ahí: por ejemplo, el juego de la compensación, y la alegación por el actor de la prescripción del crédito cuya compensación opone el demandado.

B) *Prescripción de las pretensiones accesorias*

En virtud del principio de accesoriedad, extinguido el derecho o pretensión principal, se extinguirá la pretensión accesoría dependiente de aquélla, aunque no haya prescrito esta última, sí se halla sometida a prescripción y normas independientes. No era esa la única solución (hay otras en Derecho comparado), pero resulta ser la más correcta jurídicamente. Esta es la regla que acoge el artículo 121-8.2, y se basa rígidamente en el principio de accesoriedad, sin excepción (22).

(22) Otra solución posible era establecer que la prescripción de pretensiones con garantía real no impidiera la ejecución de esta última si no ha prescrito, según sus propias reglas. En ese sentido se pronunció la enmienda 59 (G. P. Socialistes-Ciutadans pel Canvi), que no prosperó. La entidad jurídica de esa garantía (relativamente) autónoma, aunque vinculada al derecho o pretensión garantizada y con vida propia, justificaría la ejecución sobre los bienes sujetos, si no ha prescrito ella con arreglo a las normas que regulan su prescripción. Sería razonable y, sobre todo, realista (pragmático), aun habida cuenta de la accesoriedad de la garantía respecto del derecho garantizado para que no quede devaluado éste en la práctica (y no obstante las razones dogmáticas que abonan la solución contraria). Así, en el BGB (§ 216.1 actual) y el C. Oblig. suizo (art. 140).

Mas tal principio y eficacia obligará a examinar con mucha atención la cuestión de la accesoriedad de la garantía en cada caso (hoy, cuestión compleja), y a optar por una interpretación restrictiva de esa accesoriedad; y, por ejemplo,

- examinar la accesoriedad o no (yo creo que no; así, también, J. FERRER RIBA en reciente trabajo) en el caso de garantías que aseguran obligaciones futuras indeterminadas (la fianza *omnibus*, la prenda flotante: art. 13.3 de la Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, sobre derechos reales de garantía);
- y las garantías autónomas (por ejemplo, las llamadas «a primer requerimiento» (22bis).

C) *No repetición de lo satisfecho voluntariamente*

El efecto extintivo de la prescripción es de tal calidad que, exceptuando ésta y producido aquél, no habrá lugar al ejercicio de una acción de enriquecimiento sin causa (por el beneficio habido para el deudor, por ejemplo, que la opone y no pagará la deuda que tenía): en ese sentido se pronuncia el artículo 121-9. Por otro lado, si el sujeto pasivo de la pretensión no opone la excepción de prescripción y cumple la prestación debida, no hay un «pago de lo indebido» (aunque el pago se haga por error en la prescripción) y la prestación realizada es irrecuperable (23). Tampoco ha lugar a hablar, hoy con menos motivo que otrora, de obligación natural subsistente.

Ello ocurre por una doble razón: la prescripción sólo opera si es invocada por el sujeto pasivo de la relación jurídica, al que favorece —esa alegación es el límite funcional de su operancia—; además, con la prescripción se extingue sólo la pretensión afectada (la posibilidad jurídica de reclamar algo de alguien), no el derecho ni la relación jurídica: si quien pudo oponerla paga en lugar de exceptuonarla, bien pagado está (dispone de esa forma de un interés privado suyo), no hay *indebitum*.

La mención que dicho precepto hace de *aun cuando se haya realizado [el pago] desconociendo la prescripción* tiene por objeto evitar que se pueda

(22bis) Cfr. FERRER RIBA, J., «Los efectos de la prescripción en el Derecho Civil de Cataluña», *Working Paper de Dret Català*, núm. 3 (abril 2003); www.indret.com.

(23) Así lo establecen algunos Códigos: el italiano (y el Tribunal de Casación italiano, S. 1849/1980), el portugués, el BGB: que no ha lugar a repetición de lo pagado o prestación realizada en cumplimiento de una obligación prescrita —en términos más amplios, el § 222 BGB—. Entendido también en nuestro sistema jurídico (doctrina, jurisprudencia), se ha recogido en esta norma, de un tenor parecido a las foráneas antes expresadas.

reclamar lo satisfecho (*conditio indebiti*), una vez «prescrita» la pretensión —*rectius*, transcurrido el plazo para su ejercicio— invocando error en el que pagó (art. 1.895 del Código Civil español). Ello es congruente, además, con la concepción objetiva de la prescripción (opera, por regla general, con independencia de la posición subjetiva y conocimiento que el sujeto afectado tenga del fenómeno prescriptivo) de que se parte y que informa este instituto. En el mismo sentido, CÁNCER y FONTANELLA (este último excepcionaba las prescripciones estatutarias). Cfr. también § 214 BGB (el 222 en la redacción original) y artículo 2.940 del Código Civil italiano.

10. RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN (ART. 121-10)

A) *Renunciabilidad*

La consideración de Derecho imperativo del régimen institucional de la prescripción (cfr. art. 121-3) no impide cierto juego y relevancia de su renuncia, en cuanto acto de disposición por el interesado de la ventaja económica que la propia prescripción comporta (y afecta sólo a derechos e intereses disponibles). Cabe, pues, la renuncia de la prescripción consumada (que no es tanto de la prescripción, sino de su efecto), pero no la renuncia preventiva, es decir, del derecho a invocarla como mecanismo de defensa, habida cuenta de la naturaleza imperativa de su régimen legal, como regla general, y de no ser, en ese momento, un derecho (será, en el mejor de los casos, mera expectativa jurídica) ni tener entidad suficiente para poder ser renunciada. En esos términos se pronuncia el artículo 121-10.1, en lo que no se aparta de otros ordenamientos (24).

La no adecuación a la regla general (inderogabilidad del régimen de la prescripción, irrenunciabilidad previa de la misma) comporta la nulidad de la renuncia anticipada de la prescripción, y la de la hecha durante el curso del plazo prescriptivo. Mas, en este último caso, aun nula la renuncia como tal, puede valer en algún caso (por ejemplo, cuando se haga la renuncia en el curso del plazo prescriptivo) como interrupción de la prescripción en tanto que pueda constituir reconocimiento (tácito) del derecho ajeno. Por ello lo considera así, como nueva causa de interrupción, el artículo 121-10.1 —también el art. 2.898 del Código Civil de Quebec (donde se admite la renuncia al beneficio del tiempo transcurrido para la prescripción comenzada:

(24) Así aparece en el artículo 1.935 del Código Civil español (cfr. SSTS de 6 de abril de 1974 y 20 de febrero de 1990); en términos casi idénticos, en los Código Civil francés (art. 2.221), italiano (art. 2.937), suizo Obligaciones (art. 141.1), de Quebec (art. 2.883) y otros.

art. 2.883—, aunque su expresión como tal causa estaría mejor ubicada (únicamente) en el artículo 121-11, que tipifica las de interrupción.

B) *Legitimación para la renuncia*

A esta cuestión atiende el número 2 de este artículo 121-10, en congruencia con el artículo 121-5 (legitimación para hacer valer la prescripción). Además del sujeto pasivo de la relación jurídica —legitimado nato para la renuncia, en cuanto titular fundamental de la facultad de oponer la prescripción—, podrá renunciarla también cualquier persona con interés legítimo en hacer valer la prescripción, una vez renunciada (válidamente) por aquél (valga aquí lo dicho para la intervención de terceros en la prescripción: el fundamento es el mismo). Solución correcta y razonable (más que la expresión «cualquier persona obligada a satisfacer la pretensión»: cfr. lo dicho en el apart. III.5.1).

C) *Acto unilateral. Renuncia tácita*

Tal renuncia queda concebida —idea implícita en este artículo— como acto unilateral, de disposición (no del derecho, que es ajeno, sino del efecto de la prescripción, de la ventaja económica derivada de ésta para el renunciante) y aformal. Por tanto, requerirá capacidad y legitimación propias de ese acto según las reglas generales y en relación con el derecho o pretensión a que afecte, en el sentido dicho (ventaja económica). Podrá hacerse en forma expresa y tácita: deducible ésta de un acto incompatible con la voluntad de hacer valer la prescripción (cfr. art. 2.937 del Código Civil italiano); el artículo 121-10.3 dice, de forma más contundente, que «comporta renunciar a ella»; y no será preciso que la declaración de voluntad pertinente deba llegar a la parte contraria (la cuestión de su prueba es cosa distinta), máxime con la redacción que ha quedado (el Proyecto decía: «*es presumeix* que qualsevol acte incompatible...», expresión menos precisa, amén de la incorrección de la presunción).

El haber definido la renuncia de la prescripción como acto unilateral no impedirá que pueda insertarse en el marco de un acto bilateral: por ejemplo, que mediante un pacto o convenio con otro una persona renuncie a valerse de la prescripción a cambio de una concesión o contraprestación de la otra parte.

D) *Eficacia de la renuncia* (núm. 4)

Habida cuenta del juego funcional de la prescripción (posibilidad de oponerla y consiguiente extinción de la pretensión), la renuncia válidamente realizada, como dice esta norma, tiene como principal efecto el dejar sub-

sistente la pretensión y derecho a que se refiera (pues al optar el legitimado por la renuncia en lugar de por la alegación de la prescripción, no opera ésta), y ello con eficacia retroactiva, es decir, no hubo nunca prescripción ni efecto extintivo, no obstante el transcurso del plazo prescriptivo (opinión pacífica en la doctrina italiana, por ejemplo); pero no hará imprescriptible la pretensión para el futuro, sino que comenzará a correr un nuevo plazo de prescripción. Una vez hecha la renuncia, será irrevocable.

La renuncia afectará, en principio, positiva o negativamente, a las partes de la relación jurídica (obligacional o real) de que se trate. En caso de pluralidad de sujetos, en el lado activo o pasivo de esa relación (obligación o crédito mancomunado o solidario), se aplicarán las normas especiales por las que se rija cada una de éstas.

Aunque no lo dice este artículo, hay que entender que la forma de operar de la renuncia válida en el proceso será la misma que la de la prescripción: alegación y prueba por la parte que pretenda valerse de ella. No deberá ser apreciada de oficio (cfr. STC 215/1989, de 21 de diciembre).

IV. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

1. CONCEPTO Y CAUSAS DE LA INTERRUPCIÓN

La idea esencial de la interrupción como comportamiento activo del titular del derecho implicado, con la inequívoca voluntad de ejercitarlo o conservarlo impidiendo su prescripción, frente a la pasividad (objetiva) que comporta y como se concibe (presupuesto esencial) la prescripción, está presente en el régimen de la interrupción de la prescripción en el Código Civil de Cataluña (arts. 121-11 y sigs.). En esa inteligencia, y por esa razón —prueba de que el derecho permanece vivo, que no hay silencio de la relación jurídica—, el reconocimiento del derecho o de la pretensión pertinente por el sujeto pasivo de la relación jurídica en que se inserta uno u otra tiene la misma eficacia interruptiva que ese comportamiento activo (reclamación, ejercicio judicial o extrajudicial).

Esa concepción e ideas han exigido abandonar ahora (25), en cuanto a las causas de interrupción de la prescripción, la línea del Derecho histórico catalán y de sus precedentes romano-canónicos —el *Usatge Omnes Causae*

(25) Ya lo hacían el Proyecto de Apéndice catalán al Código Civil de Durán y Bas (art. 379), el Anteproyecto de Apéndice de las Instituciones de Derecho Civil catalán (Comisión Jurídica Asesora, 1931) (art. 329) y el Proyecto de Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña (Comisión de Juristas, 1955) (art. 564), todos los cuales consideraban como causa de interrupción «el requerimiento notarial», junto a la interpelación judicial.

nada decía al respecto— que limitaban la interrupción de la prescripción a la citación judicial (cfr. STS de 30 de septiembre de 1955) y el reconocimiento por el deudor, y que desconocían, negaban la misma eficacia a la reclamación extrajudicial (26). Ese ejercicio o reclamación extrajudicial tiene un valor de comportamiento activo y voluntad de ejercitar o conservar el derecho idéntico (y más sencillo, con mayor economía procesal) que la clásica reclamación judicial; de ahí la necesidad de su tipificación como causa de interrupción.

Se establecen, así, en el artículo 121-11, como actos interruptivos, con alguna variante de redacción más que de fondo, los del Código Civil español —que, aun discutido, se ha aplicado en Cataluña desde 1960—, equivalentes a los de los Códigos más próximos a nuestro sistema jurídico:

- a) La *reclamación judicial* (o ejercicio del derecho ante los tribunales) por cualquier medio procesalmente hábil (por tanto, también vía reconvencción) ejercitada por persona legitimada al efecto, según la pretensión o relación jurídica afectada. Es novedad plausible (y congruente con la evolución de nuestro Derecho), respecto del artículo 1.973 del Código Civil español, el que no obstará a la eficacia interruptiva el que la reclamación judicial sea desestimada por razón puramente procesal (cfr. STS de 9 de febrero de 1954).
- b) El *inicio de procedimiento arbitral* o la interposición de demanda de formalización judicial de arbitraje: es el equivalente, en cuanto al arbitraje como procedimiento para hacer efectivos los derechos y pretensiones, a la reclamación judicial. Se equipara así, a la reclamación judicial, la hecha por vía de arbitraje (27). Me parece perfectamente justo y oportuno.
- c) La *reclamación extrajudicial* que comporte ejercicio de la pretensión prescriptible, concebida como acto unilateral, aformal (es decir, expresa o tácita) —el Proyecto de Durán y Bas y el de Compilación (1955) exigían que se hiciera por requerimiento notarial—, y de naturaleza conservativa (28).

(26) Así, en FONTANELLA (por su confusión-equiparación de la prescripción adquisitiva y la extintiva), quien, sin embargo, consideraba apta para interrumpir la prescripción la reclamación extrajudicial para algunas acciones personales (reclamación de salarios); en sentido semejante, ANTONI OLIBA.

(27) En idéntico sentido se pronuncia DÍEZ PICAZO (*Comentario del Código Civil*, cit., ad artículo 1.973, pág. 2170), para el Derecho común.

(28) Cabría pensar como causa de interrupción, asimilada a esa reclamación extrajudicial, cualquier acto que sea suficiente para constituir en mora (cfr. art. 1.100.1.º del Código Civil español). Así se dispone en unos códigos de forma expresa (art. 2.943.4.º del Código Civil italiano), y en otros implícita. Es una opción de política legislativa que el legislador catalán ha declinado introducir. Técnicamente es posible; otra cosa es que sea oportuno.

- d) El *reconocimiento del derecho* por parte del sujeto pasivo de la relación jurídica de que dimana la pretensión prescriptible (normalmente, el deudor); concebida también como declaración de voluntad expresa o tácita, sin que sea exigible un propósito específico, ni deliberadamente dirigida a interrumpir la prescripción.
- e) El artículo 121-11 añade, como nueva causa, la *renuncia a la prescripción efectuada durante el curso de la misma*, que menciona el artículo 121-10.1 como efecto interruptivo, asimilable aquí al reconocimiento del derecho (interesante novedad) (29). (Sigo pensando que esa nueva causa estaría mejor colocada y aludida sólo en el art. 121-11 que la mención que a ella se hace en el 121-10).

Taxatividad de las causas

Aunque no se dice en este precepto —y creo que hubiera sido oportuno decirlo—, quiero entender que las causas de interrupción, en cuanto inciden negativamente, enervan la prescripción y contradicen su finalidad institucional, han de ser consideradas como taxativas, y no aplicables por analogía (sin perjuicio de una interpretación más o menos liberal, dentro de una estricta juridicidad, de las legales). Por otro lado, en razón de la indisponibilidad sustancial e institucional de la prescripción, cabrá entender, en el marco del artículo 121-3, que la voluntad de los interesados no puede limitar por pacto que únicamente una (o más) concreta(s) de las causas legales de interrupción pueda ser invocada, y no otras.

2. OMISIÓN DE REGLAS ESPECIALES SOBRE INTERRUPCIÓN

Era cuestión problemática la de la oportunidad de incluir en sede de prescripción y de interrupción normas específicas sobre el efecto de ésta en ciertos casos (obligaciones mancomunadas y solidarias, obligaciones accesorias, entre coherederos...), cuando está pendiente de regularse en Derecho catalán estas últimas instituciones (si ha lugar) y cuestiones generales del Derecho patrimonial. Aunque en este punto hay implicada una clara componente de política legislativa, desde el punto de vista técnico-jurídico es razonable y preferible,

(29) No deja de sorprender que en el apartado *d*) de este artículo, en que se menciona esta causa junto a la del reconocimiento del derecho, se emplee la conjunción disyuntiva «o» en lugar de la copulativa «i» (como se decía, más acertadamente, en el Proyecto), ya que ambas son causas independientes de interrupción (cfr. art. 121-10.1). No hubo enmiendas, y esa distinta redacción del apartado *d*) no aparece clara, y menos explicada, en el *iter* parlamentario del precepto (parece deberse a la Ponencia de la Comisión de Justicia del Parlament).

en vez de asumir las soluciones de los artículos 1.974 y 1.975 del Código Civil, de nuestro Derecho histórico (también catalán, donde es dudosa la aplicación de alguna de esas normas) u otras (cfr. arts. 136 y 140 del Código Civil suizo, y 2.899 y sigs. del de Quebec), la de no abordar estas cuestiones al regular la interrupción de la prescripción y remitirlas al ámbito de esas relaciones jurídicas mencionadas e interpretación de sus propias normas (como ocurre en otros ordenamientos: Códigos alemán, italiano, holandés).

El haber optado el legislador por no incluir aquí artículos como los mencionados, que van más vinculados a la concepción y régimen de aquellas instituciones (solidaridad, responsabilidad de los coherederos) que a la prescripción (cfr. el nuevo juego procesal de la solidaridad en la LEC, art. 542, y arts. 1.2.º y 60 CS), me parece un importante acierto. Debe ser en estas sedes donde se diga algo a este respecto, o, en su defecto, encontrar la solución pertinente por vía de interpretación de las normas correspondientes en el marco de los principios generales del Derecho. Entiendo que, por ahora, será ese el régimen aplicable en Derecho catalán, hasta la efectiva regulación en Derecho patrimonial, a la interrupción de la prescripción de pretensiones en las obligaciones solidarias y demás.

La reciente STS de 14 de marzo de 2003 parece avalar cuanto antecede. En ella dice la Sala sentenciadora, previa consulta a la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del TS, que el artículo 1.974-1.º del Código Civil «únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia» (en aquel caso, por responsabilidad extracontractual de varios condenados judicialmente). Ello muestra cómo depende del régimen y tratamiento jurisprudencial de la solidaridad el juego que tenga en esa relación jurídica la prescripción (ahí, la interrupción); y cómo una regla especial sobre interrupción deja de actuar cuando hay una extensión o nueva concepción de la relación jurídica material.

3. REQUISITOS DEL ACTO DE INTERRUPCIÓN

Esta es otra novedad respecto de la situación normativa anterior que callaba en este punto. Aunque una ley no tiene que ser demasiado pedagógica, debe definir bien las instituciones y concretar sus elementos y requisitos con la precisión posible, para evitar problemas futuros de interpretación, como los que ha habido en nuestra jurisprudencia (no siempre coherente) sobre los actos de interrupción de la prescripción. Por ello se ha de considerar plausible el haber incluido en este texto legal algunos (aunque son más) requisitos del acto interruptivo.

El artículo 121-12 menciona la *legitimación activa para interrumpir la prescripción* (el titular de la pretensión o un tercero con interés legítimo) y la *legitimación pasiva* (el sujeto pasivo de la pretensión), poco problemáticas. Más lo es la *capacidad para la interrupción*, cuestión discutida hasta ahora. El Proyecto de ley presentado en el Parlament callaba a este respecto (30). El apartado *a)*, *in fine*, de este artículo dice *que tingui capacitat suficient*. Decir eso es tanto como no decir nada: ¿cuál es la capacidad suficiente? Esta adición no aclara la cuestión. Creo, por mi parte, que la capacidad para un eficaz acto interruptivo debe ir vinculada al tipo de acto (pues son muy distintas las causas legales), bastando, en general, la de los actos conservativos, de cuya naturaleza participan los actos y medios de interrupción (cfr. arts. 8, 214 y 316 CS).

También es novedad como requisito, respecto del Proyecto, que callaba en este punto, la *tempestividad del acto interruptivo*: obviamente, antes de que quede consumada la prescripción —y así lo dice el apartado *b)*, junto a la legitimación pasiva—; en otro caso no ha lugar a pensar en interrupción.

Yo echo de menos otros requisitos, algunos implícitos en el concepto de interrupción que late en el Código Civil de Cataluña (a que aludí), otros más necesitados de concreción. Serían éstos:

- a)* *animus conservandi*, puesto que se trata de un acto conservativo: queda implícito en la configuración legal de los actos interruptivos; este dato, explicitado, ayudaría a interpretar las declaraciones tácitas y los hechos concluyentes;
- b)* identidad entre y del acto interruptivo con la pretensión prescriptible, de particular importancia cuando aquél se trate de su ejercicio judicial (cfr. SSTs de 19 de noviembre de 1941 y 28 de julio de 1994);
- c)* exteriorización suficiente del acto (que es, sin embargo, aformal): sustancialmente, que llegue al conocimiento de la contraparte (aunque no se exige en este artículo que deba ser declaración de voluntad recepticia, por ser cuestión discutible).

La mención (sólo) de los requisitos más evidentes (alguno de forma poco efectiva) y la omisión de los problemáticos me parece lo más criticable de este precepto, bienintencionado y plausible, por lo demás.

(30) La enmienda 63 (G. P. Socialistes), de adición, proponía esta redacción: «[...] interès legítim, *que tingui capacitat suficient per realitzar actes conservatius*». La enmienda 64 (G. P. d'Esquerra Pe republicana de Catalunya) proponía añadir «*i amb plena capacitat*». Me parece más acertada la primera, por las razones que digo en el texto (naturaleza conservativa del acto interruptivo en general). La Ponencia recomendaba la adopción de un texto transaccional a partir de esas dos enmiendas, y propuso la redacción que ha quedado en el artículo 121-12.a): «*que tingui capacitat suficient*». No entiendo lo transaccional.

4. ALEGACIÓN DE PARTE (NO APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA INTERRUPCIÓN)

La interrupción de la prescripción, en el contexto conceptual y funcional en que se inserta, no puede ser apreciada de oficio por el juez, sino (como la propia prescripción sobre la que incide, enervándola y anulando su plazo) debe ser invocada por la parte a la que beneficie, a quien compete, en su caso, si hay discusión procesal, la prueba del acto, de sus requisitos y de su eficacia interruptiva. El Código Civil de Cataluña asume esa tesis en su artículo 121-13 («Alegación de la interrupción») por ser opinión mayoritaria (doctrinal y jurisprudencial) y resultar más razonable y congruente en un sistema jurídico en que rige el principio dispositivo (sustantivo y procesal) para los intereses disponibles (únicos sometidos a prescripción) (31). Huelga decir que, además de alegada la interrupción, compete la prueba del acto interruptivo con sus requisitos a quien la invoque.

5. EFECTOS DEL ACTO INTERRUPTIVO (ART. 121-14)

A) *Eficacia objetiva*

La interrupción de la prescripción actúa haciendo inoperante el tiempo transcurrido, y coloca la prescripción en un punto cero, como si no hubiera iniciado: no hay silencio de la relación jurídica, la pretensión sigue viva. El plazo prescriptivo, y su cómputo, debe comenzar a correr de nuevo y por entero —en ello se distingue, sustancialmente, de la suspensión—. Así lo dice (no era posible otra cosa) el artículo 121-14: correcto, pues.

Como el cómputo del nuevo plazo no debe ni tiene que ser idéntico al del plazo de prescripción, sino muy distinto (como son los hechos básicos respectivos), era necesario (y así lo hace este precepto) dictar normas concretas de su inicio y cómputo, especialmente indicadas para cuando el acto interruptivo se trate de reclamación judicial o vía arbitraje (véase a ese respecto el art. 2.945 del Código Civil italiano), con las distinciones pertinentes según el resultado de dicho acto. Nada que objetar en ambos supuestos (compárese el núm. 2 con el art. 121-11.a).

En la redacción definitiva del texto legal (no figuraba en el Proyecto) se hace también referencia al cómputo en caso de ejercicio extrajudicial de

(31) Disiente de ese criterio FERNÁNDEZ URZAINQUI, para quien la interrupción no necesitaría ser alegada para ser acogida, pues al favorecer la existencia y operatividad del derecho o acción, y deber ser la prescripción objeto de interpretación restrictiva, podría operar aquélla (el hecho interruptivo, mejor) de cualquier manera que llegue al proceso («La interrupción de la prescripción extintiva», en AA.VV., *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 257-258.

la pretensión: *des del moment que l'acte d'interrupció esdevingui eficaç*. Nada que objetar, inicialmente, salvo la redacción: ¿no hubiera sido más claro y sencillo decir, por ejemplo, «desde que [el ejercicio extrajudicial o el acto interruptivo] tenga lugar eficazmente»?

B) *Eficacia subjetiva en casos particulares*

Por las razones antes dadas (apart. IV.2), de las que participo, no se incluye aquí ninguna referencia al efecto de la interrupción para ciertas personas (coacreedores, codeudores, coherederos) cuando otra que comparte la misma posición en una relación jurídica determinada interrumpe la prescripción. También los silencios legales son a veces plausibles: en mi opinión, éste es un caso. Es preferible regular estas cuestiones, como dije, en sede de esas relaciones (máxime cuando algunas están pendientes de regulación en Derecho catalán) y de acuerdo con su régimen jurídico-material, directamente o deducible de sus propias normas (interpretación), que hacerlo aquí, en el ámbito de la prescripción.

V. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION

1. JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE LA SUSPENSIÓN. ANTECEDENTES

Ignorada la suspensión en el Código Civil español y sólo con algún vestigio jurisprudencial en Derecho catalán vigente, reclamaba una regulación como categoría general, como tienen prácticamente todos los ordenamientos foráneos próximos al nuestro. El Derecho histórico catalán conoció casos de suspensión —así, en FONTANELLA y CÁNCER, y lo reconoció la jurisprudencia (sentencias de 15 de febrero de 1886 y 19 de diciembre de 1961)—, y aún hoy se citan algunos recogidos en el Codi de Sucessions (cfr. art. 240.4.º del mismo, donde aparece implícita la suspensión).

El precedente de la actual suspensión es la vieja regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Aunque algunos le atribuyen origen romano y la sitúan en el Código de Justiniano, la realidad es que procede fundamentalmente, por su prestigio, de BARTOLO (1314-1357), que la formuló en varias glosas y principalmente en la hecha a la ley 1.ª, párrafo 2.º del Código (VII, 49), *de annali exceptione*, y la expresó con estas palabras: *non valenti agere non currit praescriptio*; con un precedente en el glosador IRNERIO (c. 1050-1130), que había dicho que *praescriptio non currit in his qui si velint agere non possunt*. Si bien hay otras formulaciones de la misma regla, la de IRNERIO es más gráfica y expresa mejor el fundamento de la máxima: se

pretende proteger a quienes aunque quieran actuar no pueden. Esa es la *ratio legis* de la norma, que se entiende mejor bajo la influencia eticista del Derecho canónico y la consideración de inmoral (*odiosa*) de la prescripción en sus dos formas, porque se adquiere o se pierde un derecho sin causa o título jurídico por el mero transcurso del tiempo, frente a lo que se pretende proteger a quien no pudo oponerse a la prescripción, sencillamente porque no puede actuar. Ese matiz ético de esta máxima perdurará en alguna jurisprudencia (la francesa, sobre todo) hasta nuestros días (32).

La doctrina del *ius commune* —de particular relevancia aquí la de los juristas catalanes— dedicó una atención extraordinaria a la prescripción y sus muchos problemas. CÁNCER se ocupa también de esta cuestión en su magna obra *Variae resolutiones*, en varios pasajes (33). Quien proporciona más datos y se ocupa más directamente de esta cuestión es FONTANELLA, en su célebre *De Pactis nuptialibus*, en múltiples lugares, sobre todo en la Cláusula III, glosa XII, con múltiples citas (34). Pero lo más importante de este autor (por

(32) En la práctica esta regla es introducida en todos los ordenamientos por vía jurisprudencial. Ya la había advertido POTHIER, quien se extiende en casos concretos a que se aplica (*Tratados de la posesión y prescripción*, pág. 22 y sigs.). Los Códigos modernos que la reconocen tratan de esta cuestión desde un punto de vista más general, como *suspensión* de los plazos prescriptivos: así, los Códigos francés (arts. 2.251 y sigs.); el italiano de 1865 (arts. 2.115 a 2.122) y de 1942 (arts. 2.941 y sigs.), suizo de obligaciones (art. 134), BGB (§§ 203-213), etc. La jurisprudencia francesa, haciendo una interpretación finalista y frente a quienes reclamaban una interpretación restrictiva, ha aplicado a veces no tanto los preceptos concretos sino directamente la propia regla *contra non valentem agere*, que es citada con frecuencia, en particular para justificar la suspensión del plazo prescriptivo en supuestos no previstos legalmente, por ejemplo, en el de ignorancia del derecho. Cfr. PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire*, Paris, 1948, III, pág. 741, en relación con la usucapión, y *Traité pratique*, t. VII, París, 1954, pág. 797. Véase más ampliamente en RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español*, cit., pág. 51 y sigs.

(33) En su parte I, cap. 15, 55 trata de *Praescriptio nulla currit adversus filium fam. quandiu est in patris potestate* (cfr. también I, 15, 68). En I, 15, 54 dice: «...verum istam negligentia non sufficere ut praescribatur contra non valentem petere pensionem...»; y en el núm. 68 trata de *Praescriptio coepta contra maiorem currit contra minorem, etiam in pupillari aetate*. Con estos ejemplos se constata cómo era tenida en cuenta aquella regla en supuestos diversos, y con distinciones varias según casos y problemas.

(34) He aquí las más interesantes a nuestros efectos.

— núm. 39 (f. 185), *Praescriptio 30. annorum non currit ignorant, vel si currit, datur ei restitutio*: «Dubia certè est haec quaestio propterea quod ad illius cognitionem, et resolutionem disputanda necessario venit et illa, *nunquid currat praescriptio ignorant, qua in re doctores communiter distingunt inter praescriptiones 30 et 40 annorum, vel alterius longissime temporis, ut prima non currat ignorant, vel si currat, quod datur restitutio ex capite ignorantiae*, late Thesau. decis. 133. ubi asserit ita in Senatu...»;

— núm. 40, *Praescriptio longissimi temporis currat ignorant difficultis quaestio* (donde presenta varias posiciones discutidas);

— núm. 64 a 66: «Septimum est argumentum [obsérvese: séptimo argumento], *quia qui nescit dicitur non valere agere [...]* nunquam currit nisi a die scientiae, ut ibi aper-

el juego práctico que dio) es su clara alusión a que no corre la prescripción frente o contra el que ignora la posibilidad de prescripción contra él, añadiendo que ello es así tanto para la imposibilidad de accionar por impedimento de derecho como de hecho (35).

En Cataluña se reconoció siempre, hasta la promulgación de su Compilación en 1960 —incluso en sus precedentes inmediatos (36)—, y aun después, la suspensión de la prescripción, por mor del Derecho romano y canónico aplicables y de la regla *contra non valentem agere* que estuvo vigente en la época del Derecho común. Mas tan importante a nuestros efectos como esos antecedentes relativamente remotos es que la jurisprudencia ha aplicado en muchas ocasiones la regla *contra non valentem agere* y la suspensión de la prescripción en casos relativos a Derecho catalán (37).

tissimis verbis dicit I.C. et hoc quidem argumentum vires alias sumit ab illo notissimo iuris principio, quo docemur non valenti agere nullam currere praescriptionem [siguen citas ajenas] quod procedit tam in non valentibus agere propter impedimentum iuris, quam etiam in non valentibus agere propter facti impedimentum [...]».

Vuelve sobre la cuestión en Clausula III, glosa XIII, pars III, núm. 63 (*Praescriptio non currit tempore belli et pestis*) (f. 218), y en núm. 65.

(35) ANTONI OLIBA, en sus *Commentarius ab actionibus, Pars secunda in IIII Digesta*, en la misma línea, dice: *Quo vero sensu accipiatur regula iuris, quae circumfertur, non currere praescriptionem non valentem agere, et consequenter non esse necessariam restitutionem. l.1 in fine, de ann[ua] excep.*

(36) Me refiero al Proyecto de Apéndice de Durán y Bas (art. 377), al Anteproyecto de Apéndice (Comisión Jurídica Asesora, 1931), en su 327, y al Proyecto de Compilación (1955), artículo 563, que proponían, unánimemente: «la prescripción, sea adquisitiva o extintiva, no corre:...» (en perjuicio de la mujer casada respecto a los bienes dotales inestimados, de personas que no pueden ejercitar sus acciones por causa de guerra y otras, de los impúberes, de los otros menores de edad..., de los legatarios y los acreedores de la herencia mientras el heredero delibera...). (Creo innecesario la transcripción literal de esos artículos).

(37) He aquí algunos casos y ejemplos:

— la STS de 15 de febrero de 1886 dijo que «la prescripción establecida en el *usatge Omnes Causae* no puede aplicarse, en cumplimiento del axioma jurídico *contra non valentem agere non currit praescriptio*, en perjuicio de persona que esté impedida de ejercitarlo»;

— la sentencia de 29 abril 1887 (con antecedentes fácticos de los siglos XVI y XVIII) consideró como causa de suspensión los casos de fuerza mayor: «Considerando que tampoco infringe el *usatge Omnes Causae* invocado, porque eso es incompatible con la repetida ley de 18 de diciembre, que ordena la indemnización, y porque en virtud del hecho de fuerza mantenido hasta entonces no podía correr en manera alguna la prescripción»;

— la sentencia de 25 de junio de 1918: «...ni menos suponer que están derogadas las disposiciones de excepción admitidas por el Derecho catalán y vigentes según la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, cuando se trata de impúberes o de menores de catorce años, contra los que no corre la prescripción mientras no salgan de esa edad, según establece la ley 1.ª, Codicis, pár. 2.º, de *annali exceptione*, de completa armonía con el principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*»;

— la sentencia de 25 abril de 1929 aplicó la regla *contra non valentem agere* a la reclamación de una viuda de los bienes dotales después de la muerte del marido y durante el tiempo de convivencia con los herederos: «el contenido del testamento del marido de

También la doctrina ha considerado aplicable, sin ninguna duda, la regla *contra non valentem agere* en Derecho catalán. Basta leer, además de los CÁNCER, FONTANELLA y demás, los autores catalanes más representativos de este siglo, como BORRELL Y SOLER y PELLA Y FORGAS (38), antes de la promulgación de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña en 1960. En el mismo sentido, después de ésta, PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS (39), que recogen la doctrina clásica catalana y, además, ciertos casos y preceptos de la Compilación dicha de suspensión «por coincidir temporalmente las cualidades de acreedor y deudor», «del plazo de reclamación de la legítima» y «del plazo de prescripción durante el inventario» (40).

2. IDEA ACTUAL DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Con esos antecedentes y la idea que hoy se tiene de la prescripción, la suspensión es concebida como medio para socorrer al titular del derecho que no ha podido interrumpir la prescripción (vieja idea de TROPLONG) por moti-

ésta, D. B., con relación a la dote de su esposa y la convivencia constante de ésta, después de la muerte de su esposo, con los herederos de éste, no puede estimarse que durante estos once años corriera el plazo prescriptivo de la acción»;

— y la de 19 de diciembre de 1961 (acción de reclamación de legítima, aplicando Derecho anterior a la Compilación) apeló al Derecho romano y canónico, hablaba de la posibilidad de ejercicio como requisito, «por lo que no se admitía la prescripción en otros casos: contra los impúberes o menores faltos de capacidad o independencia, recogida en el principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*, consagrada en el Código de Justiniano...».

En la práctica judicial se ha planteado el problema de la compatibilidad de la aplicación de la regla *contra non valentem agere* con la del Usatge *Omnnes Causae*. Son perfectamente compatibles, no hay ningún inconveniente, desde luego. Así lo vio, por ejemplo, la STS de 15 de febrero de 1886, antes citada. En el mismo sentido, la de 19 de diciembre de 1961, aplicando Derecho anterior a la Compilación catalana (que alude al Código de Justiniano y casos concretos de aplicación de dicha máxima).

(38) BORRELL, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, t. I, cit., pág. 293 y sigs.; PELLA Y FORGAS, *Derecho civil de Cataluña*, cit., t. IV, págs. 389-390, con citas de CÁNCER y de sentencias del Tribunal Supremo relativas a Cataluña.

(39) *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, t. IV-2.º, Barcelona, 1982, pág. 272.

(40) Suspensión del primer tipo es la que disponía el artículo 183.2.º Comp.: «mientras no tenga lugar la sustitución fideicomisaria, no podrá el fiduciario hacer efectivos sus créditos contra el testador..., ni los que posteriormente obtenga contra la herencia o legado fideicomisario; entre tanto estos créditos no devengarán interés, *ni correrá contra ellos la prescripción*»; y citan seguidamente varias sentencias en justificación y como precedente de este precepto. Como supuesto de «suspensión del plazo de reclamación de la legítima» citan el artículo 146.2.º Comp.; y suspensión del tercer tipo (del plazo de prescripción durante el inventario), el artículo 259.2.º Comp., norma que derivaba del Código de Justiniano (6, 22, 11), y que implicaba la no aplicación en Cataluña del artículo 1.934, *in fine*, del Código Civil.

vos personales (incapacidad u otros) o externos y ajenos a él (causa de fuerza mayor o asimilables). Coincide con la concepción que de ella tiene la doctrina y Códigos prestigiosos como el francés, alemán, suizo, italiano, portugués y otros. He aquí la idea de la suspensión en el nuevo Código Civil de Quebec: «la prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres» (art. 2.904). El régimen jurídico que le atribuye ese Código es congruente con esta idea. Pues bien: ésa es también la concepción que subyace a todo el régimen de la suspensión en el Código Civil de Cataluña, idea inicial que comparto (41).

3. CAUSAS DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Siguiendo la distinción y sistemática habitual (a la que se ciñe el texto legal), encontramos:

3.1. *Causas objetivas*

Hasta ahora eran las de esta clase las únicas causas de suspensión conocidas en nuestro sistema jurídico, en especial, los casos de guerra o grave crisis social (cfr. Ley de 1 de abril de 1939, en relación con la guerra civil española; art. 955 del Código de Comercio). En el artículo 121-15 se menciona como única causa objetiva de suspensión la fuerza mayor que impida al titular de la pretensión el ejercitarla por sí mismo o por representante (42).

(41) Sobre estas cuestiones puede verse más ampliamente mi libro *La suspensión*, cit., págs. 31-32, donde concreto más mi posición: «Si la interrupción de la prescripción supone un comportamiento activo del titular de la pretensión implicada (reclamación, ejercicio judicial o extrajudicial) con la inequívoca voluntad de ejercitar o conservar el derecho impidiendo su prescripción, frente a la pasividad que comporta la prescripción y el silencio de la relación jurídica [...], la *suspensión* es ese incidente jurídico que se produce en el fenómeno prescriptivo consistente en un no inicio o en la detención temporal del plazo pertinente de prescripción cuando, por causa legal suficiente, el titular no puede ejercitar su pretensión efectivamente ni conservarla interrumpiendo la prescripción. Su inactividad (ese no poder ejercitar o conservar) no es voluntaria, ni le es imputable el silencio de la relación jurídica en que se inserta o de que dimana tal pretensión. En consecuencia, la prescripción no puede producirse en tal caso por faltar el presupuesto inicial (voluntaria inactividad). Mas desaparecida la causa y recuperada la posibilidad de ejercicio o de conservación de la pretensión, el plazo prescriptivo se inicia o reanuda (según el momento en que apareció el obstáculo), se cierra el paréntesis temporal de suspensión y la prescripción se completa y produce el efecto extintivo pertinente en tanto siga habiendo inactividad imputable al titular».

(42) Acontecimientos como una guerra o asimilados ya estaban presentes en nuestros CÁNCER y FONTANELLA, y en la antigua jurisprudencia (STS de 29 de abril de 1887, ya citada).

La fuerza mayor de que habla este artículo es un hecho e impedimento ajeno, exterior al titular de la pretensión prescriptible, inimputable a él. Debe ser objetivamente grave, de mucha importancia en su alcance impeditivo (que no tiene que ser imposibilidad absoluta, sino relativa y adecuada al caso). Por lo que respecta al propio concepto de fuerza mayor, es innecesario hacer otras precisiones tratándose de una categoría jurídica perfectamente definida conceptual y legalmente en nuestro Derecho, que opera aquí en forma muy semejante a otros ámbitos jurídicos (cfr. arts. 457, 1.105, 1.777, 1.784 del Código Civil). Su valoración *in concreto* queda al arbitrio del juzgador (interpretación finalista, prudente ponderación de intereses) al adecuar esa causa genérica a la realidad bajo la que se presente. En cuanto a la *imposibilidad de ejercitar su pretensión* que debe seguir a la fuerza mayor, es aplicable lo dicho para la «gravedad» (es decir, no absoluta, sino valorable según las circunstancias del caso y titular afectado). En la apreciación de esa imposibilidad deberá ponderarse la diligencia exigible al titular de la pretensión prescriptible y la que efectivamente haya puesto. Deberá haber, además, la inevitable relación de causalidad entre la fuerza mayor como hecho y la imposibilidad de ejercitar la pretensión (causalidad implícita en la expresión legal «por causa de fuerza mayor...»).

El artículo 121-15.1 exige que la causa de fuerza mayor se haya producido en los seis meses anteriores a la terminación del plazo prescriptivo. Se habla a ese respecto de «plazo de garantía» (43). No estoy seguro de que se haya acertado al introducir ese plazo. Esa solución es minoritaria en Derecho comparado (44), se aplica a situaciones y causas muy diversas, y es discutida su conveniencia u oportunidad por los respectivos comentaristas. El motivo y preocupación subyacente a esa regla radica en el temor a una excesiva prolongación del plazo prescriptivo tras la suspensión. A ese respecto pienso que es mejor, y suficiente, el plazo máximo de treinta años del artículo 121.24, que no pueda ser rebasado nunca por mor de la suspensión; mejor que los que acabo de indicar referidos a otros ordenamientos, donde tampoco

(43) Siguiendo esa línea, y en nuestro país, GÓMEZ CORRALIZA ha defendido con vehemencia que sólo la imposibilidad fáctica de accionar que tenga lugar dentro de un determinado período del plazo prescriptivo, que llama «período (final) de seguridad», sea apto para suspender la prescripción (*La caducidad*, Madrid, 1990, pág. 238 y sigs.).

(44) Así, también, algunos ordenamientos, y para ciertos casos y causas de suspensión: por ejemplo, el § 206 BGB (redacción 2001) establece que se suspende la prescripción durante el tiempo en que el acreedor ha estado impedido, dentro de los últimos seis meses del plazo de prescripción, para ejercitar su pretensión por causa de fuerza mayor (en el mismo sentido, ya el § 203.2, redacción original). En términos parecidos, el artículo 321.1 del Código Civil portugués, para la fuerza mayor y para el dolo del deudor (tres meses en lugar de los seis del BGB). También, en algún caso, la jurisprudencia francesa a la hora de aplicar la fuerza mayor como causa (no tipificada allí) de suspensión (cfr. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, pág. 301; y M. BANDRAC, *op. loc. cit.*, pág. 376).

dejan de plantear problemas. Pienso, por otro lado, que el plazo de suspensión debe operar durante todo el tiempo que se prolongue la causa correspondiente (subjctiva u objetiva), y que ésta tenga lugar (pueda ocurrir, para suspender) en cualquier momento del plazo prescriptivo, por ser todo él igualmente importante a sus efectos.

El Código Civil de Cataluña adopta una posición restrictiva en cuanto a causas objetivas de suspensión. Creo que hubiera sido oportuno añadir a la fuerza mayor el *engaño u ocultación dolosa* de la posibilidad de accionar, procedente del sujeto pasivo (45). Esta causa y caso tiene el fundamento claro (parece inconcebible que una persona pueda sacar beneficio por medio de la prescripción que él mismo ha provocado o a la que ha contribuido directamente), con la particularidad de la concreta motivación de su origen (actuación ilícita de la parte contraria). Debe haber, en todo caso (y tendrá que ser objeto de prueba cuando proceda), junto a la actuación dolosa del contrario, un concreto resultado: que determine el desconocimiento de la posibilidad de ejercicio de la pretensión por el titular engañado u ocultado; que haya, por ello, una imposibilidad de ejercicio aun contando con la diligencia que a éste le es exigible. Sin embargo, será muy difícil que quepa esta causa objetiva, de frecuente presentación en la realidad social, en el marco del artículo 121-15 comentado.

3.2. *Causas subjetivas de suspensión*

Se ocupa de ellas el artículo 121-16: las relativas a situaciones personales o familiares del titular de la pretensión o por su posición y relación con la parte contraria. Se tipifican en él los casos más notorios en la práctica y, sobre todo, los más necesitados de protección:

- a) En primer lugar, la situación personal de los *menores e incapaces sin representación legal*. Incluirá, pues, este supuesto a los incapaces todos que no puedan ejercitar *per se* ni por representante legal (que no tienen) sus pretensiones, y hasta tanto adquieran capacidad suficiente para accionar por sí mismos cuando adquieran autonomía (al llegar a o recuperar su plena capacidad) para ejercitar su pretensión o para conservarla (interrupción de la prescripción). La razón fundamental de esa suspensión reside en la propia justificación de la prescripción (inactividad imputable a quien podría accionar) referida a

(45) Así lo prevén no pocos ordenamientos: los Códigos Civiles italiano (art. 2.941-8), portugués (art. 321.2), holandés (art. 321.1.f), la *Limitation Act* británica de 1980 (s. 32) y otros.

esas personas (que no pueden actuar jurídicamente). La suspensión de la prescripción alcanzará en este caso a las pretensiones que tengan esos incapaces frente a terceros, de modo que no prescribirán aunque no hayan sido ejercitadas (ni necesitarán reclamar a sus representantes legales por el perjuicio de la prescripción).

- b) Es clásica la suspensión de la prescripción de las pretensiones *entre cónyuges* —apartado b) de este artículo— (46). Es un caso claro en que la salvación de la convivencia matrimonial impedirá las más de las veces a los cónyuges reclamarse recíprocamente otros bienes y derechos, para lo que es razonable que no corra el tiempo de prescripción entre ellos. La suspensión alcanzará, pues, sólo al matrimonio conviviente en forma normal y durante ese tiempo, que terminará con la separación legal o de hecho o con su disolución o nulidad. Terminada la convivencia matrimonial (es decir, bastará la separación legal o de hecho) adquieren los cónyuges una independencia personal y jurídica que les permite accionar uno frente al otro; pero para ello se necesita que la pretensión no haya prescrito, que se haya detenido temporalmente el curso prescriptivo (suspensión).
- c) *Parejas no casadas*. Aparece mencionada como causa de suspensión en el apartado c), y lo limita al tiempo que dure la convivencia. Es muy razonable esa norma, hoy. Con la actual sensibilidad social y consideración de las uniones paramatrimoniales, cuando las llamadas parejas estables o convivientes *more uxorio* han adquirido un *status* jurídico institucionalizado con régimen jurídico propio en Derecho catalán (Ley 10/1998, de 15 de julio, del Parlamento catalán), creo que pueden quedar equiparados esos convivientes a la pareja casada en orden a la suspensión de la prescripción, siempre que reúnan los requisitos que para ellas exijan las respectivas normativas. La suspensión alcanza, en el ámbito objetivo, a las recíprocas pretensiones entre los convivientes (47).
- d) *Menores e incapaces sometidos a representación legal*. Son los supuestos de los apartados d) y e) de este artículo —por cierto: ¿por qué no se han colocado estos casos seguida e inmediatamente después que el a), relativos todos a personas incapaces?— Se refieren a la suspensión de la prescripción en cuanto a las pretensiones recíprocas

(46) VOET mencionaba el caso de la reclamación por enajenación del fundo dotal por el marido. Los Códigos modernos, a partir del *Code Napoléon* (arts. 2.253 y 2.254), prácticamente todos, se refieren con mayor o menor concreción a esta suspensión (pretensiones entre cónyuges).

(47) En ese sentido se han producido recientes ordenamientos, como el BGB en su reforma de 2001 (§ 207, pfo. 1.º-1).

entre representantes y representados, que el apartado *e*) de este precepto extiende al curador, administrador patrimonial, defensor judicial y acogedor, con una latitud quizá excesiva (por ejemplo, respecto del administrador patrimonial y el defensor judicial, cuya representación es sólo puntual para cuestiones concretas). En cambio, en otro orden de cosas, quizá hubiera sido preferible que comprendiera también la prescripción de pretensiones de esos incapaces frente a terceros durante el tiempo que dure la representación legal para evitarles que se vean obligados, si esas pretensiones prescriben por culpa del representante legal, a exigir responsabilidad a sus representantes por los perjuicios de la prescripción, lo que les resultará harto difícil, muy oneroso personalmente, dados los lazos afectivos que les unen casi siempre (idéntico fundamento para la suspensión entre cónyuges y parejas no casadas).

- e*) *La herencia yacente*. También ha lugar a suspensión respecto de las pretensiones recíprocas entre heredero y herencia yacente, mientras no sea aceptada la herencia (art. 121-17). La situación específica de la herencia yacente y los llamados a ella está en la base de este caso de suspensión, en cuanto a sus recíprocas reclamaciones (48). Precedentes próximos en Derecho catalán pueden verse en los artículos 183.2.º CDCC (hoy trasladado) y 240.4.º CS; cfr. también S. Trib. Cass. Cat., de 14 de junio de 1937. Frente al criterio de no suspensión del artículo 1.934 del Código Civil, parece más oportuno y justo que se suspenda durante la etapa de yacencia de la herencia la prescripción de las pretensiones de ésta contra el heredero, y a la inversa. Si bien la herencia yacente puede tener administrador que la gestione (cfr. arts. 8 CS y 795 y sigs. LEC), no siempre lo habrá. La herencia no tiene personalidad jurídica durante esa etapa, aunque a ciertos efectos pueda ser y haya sido tratada como si la tuviera, y sin perjuicio de las facultades del administrador (ahora, más claras: arts. 799 y sigs. LEC). Para la mejor defensa y salvedad de los derechos de los que lleguen a ser herederos, en sus relaciones con ella y antes de la aceptación, es mejor la suspensión de la prescripción, que no afecta a terceros ni perjudica a la seguridad jurídica.

(48) Cfr. Códigos Civiles alemán, § 207; francés, artículo 2.258; italiano, artículo 2.941; portugués, artículo 322; holandés, artículo 321; de Quebec, artículo 2.907.

4. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

A) *Efecto general de la suspensión*

Aunque era valor entendido (en doctrina y jurisprudencia) que el plazo de suspensión supone el no inicio del mismo en unos casos o su paralización temporal durante el tiempo de la suspensión, en otros (y en ello reside su principal diferencia con el de interrupción), parece procedente explicitarlo, y así lo hace el artículo 121-19, de la misma manera que se alude al cómputo del plazo (nuevo) en la interrupción (art. 121-14). Lo disponen también algunos (que no todos) ordenamientos foráneos.

El Código Civil de Cataluña emplea, correctamente, la expresión «el tiempo [...] *no se computa*»: es la mejor comprensiva de lo que ocurre durante la suspensión del plazo prescriptivo, con dos formas de presentación: en unos casos no comienza a correr, y en otras ocasiones supone la apertura de un paréntesis temporal, durante el tiempo de suspensión, para continuar luego su curso.

B) *Alegación por el interesado*

Es cuestión grave la de la forma de operar la suspensión de la prescripción, si debe ser alegada por la parte interesada o apreciable de oficio, sobre la que no suelen pronunciarse otros ordenamientos y varían las opiniones doctrinales y jurisprudenciales. Sin embargo, debe ser claro el legislador. El artículo 121-18 establece que, como regla general, la suspensión no puede ser apreciada de oficio, sino que ha de ser alegada por la parte a la que beneficia; es decir, opera como la interrupción de la prescripción (con la que tiene importante parecido en los efectos, aunque no en la *ratio legis*).

En esos términos estaba concebida en el Proyecto de ley. Mas el texto legal, acogiendo dos enmiendas paralelas y unánimes (49), ha añadido una excepción: «*llevat de la produïda en els supòsits establerts per l'art. 121-16.a, quan afecti persones que encara són menors o incapaces*»; excepción que me parece plausible por la finalidad protectora de la suspensión (50). Mas, si es ésta la razón última de la apreciación de oficio de la suspensión en el caso

(49) Se trata de las enmiendas 69 (G. P. Socialistes-C.p.C.), que proponía la adición de «[...] pels tribunals, *llevat que afecti menors o incapaces*»; y la 70 (G. P. Esquerra R. C.), también de adición: «[...] a excepció del supòsit establert artículo 121-16.a». La Ponencia de la Comisión de Justicia recomendó la adopción de un texto transaccional con las enmiendas 69 y 70, que dio lugar al texto legal conocido.

(50) Sin perjuicio de la regla general (alegación por el interesado), cuando se trate de menores e incapaces sin representación legal (a que se limita el art. 121-16.a), habida cuenta de su especial necesidad de protección (en particular, por los tribunales: arts. 39

que menciona, ¿por qué no también en los otros supuestos de menores de edad o incapaces afectados por la prescripción no suspendida? Es cuestión de política legislativa, ya sé; pero la indicada es una situación quizá tan necesitada de protección como la atendida por la norma comentada. Quede, al menos, como sugerencia y motivo de reflexión.

VI. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y SU COMPUTO

1. PRIMER PROBLEMA: SIMPLIFICACIÓN Y ABREVIACIÓN DE LOS PLAZOS PRESCRIPTIVOS

Los plazos prescriptivos aplicables en Derecho catalán —dije ya— son ahora, en general, muchos y demasiado largos. Era necesario adecuarlos a nuestro siglo (en el que el tiempo se ha acelerado, y quince o treinta años significan algo muy distinto que a mediados del XIX) y al tráfico social y jurídico actual, mucho más dinámico. Por ahí van otros ordenamientos extranjeros (rara unanimidad), con los que es necesario coordinarnos en un mundo y tráfico socioeconómico y jurídico cada día más internacionalizado, y ésa ha sido una de las más importantes novedades a este respecto del nuevo régimen de la prescripción en el Código Civil de Cataluña.

1.1. *Simplificación de los plazos*

Son, ciertamente, muchos, creo que excesivos, los casos, distinciones y prescripciones especiales que afligen a nuestro ordenamiento civil, que olvida, sin embargo, otras no menos importantes (riesgo habitual del casuismo), lo que obliga a recurrir a los largos plazos de las prescripciones generales (de quince y treinta años). Había que pensar en su reducción, de manera que con menos particularismos puedan quedar comprendidos esos otros casos (pretensiones) que hoy quedan fuera: no pocas acciones y pretensiones reales, las sucesorias, y otras. En esa línea va la única prescripción general (para todas las pretensiones que no lo tengan de otro modo establecido) y las pocas

y 53.1 CE) y de su imposibilidad de accionar, resulta más procedente que la suspensión pueda ser apreciada de oficio cuando les afecte. Entiendo que ello sólo cuando siendo todavía incapaces deba entrar en juego la suspensión y pueda ser aplicada; no, en cambio, cuando esos mismos afectados, respecto de quienes hubo suspensión durante su tiempo de no capacidad para accionar, sean ya capaces y puedan defender por sí mismos sus intereses e invocar la suspensión: en este caso rige también para ellos la regla general de necesidad de alegarla. Sobre esta cuestión, más ampliamente, cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión*, cit., pág. 214 y sigs.

especiales para instituciones y pretensiones concretas que prevén ahora los artículos 121-20 y siguientes.

Otra cuestión que considerar era, dentro ya de las reglas o plazos especiales, junto a la de la reducción de plazos dentro de las acciones personales, sean de origen legal o contractual, su relación y posible unificación con las de origen extracontractual; cuestión vinculable a la de los respectivos cómputos (extremos que puede condicionar o influir en aquéllos, y a la inversa). Aunque creo que nada impide ir hacia cierta unificación —en Derecho comparado son ya numerosos los ordenamientos que someten al mismo plazo la responsabilidad por culpa contractual y extracontractual: la razón fundamental es que importa más la naturaleza de la pretensión que la causa u origen—, el legislador catalán no se ha atrevido a entrar en ello. Pienso que no ha acertado; que debía haber dado ese paso.

1.2. *Abreviación general de plazos*

Otra de las cuestiones relativas a la prescripción más necesitada de actualización era la de la duración de los plazos prescriptivos: sencillamente, adecuarla a nuestro siglo y tráfico jurídico. Pretender mantener la mentalidad y régimen del Usatge *Omnes Causae* en el siglo *xxi* supone, en este punto, un flojo servicio al Derecho (que es evolución e instrumento para fines sociales) y a la historia. Mas ello dentro de ciertos límites, porque el Tribunal Constitucional ha insistido en la necesidad de dejar siempre a salvo, tanto en la extensión de los plazos prescriptivos como en su cómputo, el derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias 47/1989, 160/1997 y 298/2000). Es, desde luego, cuestión y decisión de política legislativa más que de carácter técnico-jurídico (aunque también), donde el Parlamento catalán ha optado (con acierto) por una abreviación de los plazos, como era inevitable (51): había todavía plazos de treinta, veinte y quince años; este último como norma general para las pretensiones personales —más preocupante porque son las más frecuentes en el tráfico jurídico—, tanto las genéricas de origen legal como las muchas de origen contractual, lo que hace que su anacronismo tenga todavía hoy una fuerte incidencia práctica y social (52).

(51) En otros ámbitos jurídicos, tanto doctrinales como legislativos, hay unanimidad en una reducción notable de los plazos históricos de la prescripción y de los Códigos del siglo *xix*. Así, los más recientes trabajos prelegislativos de Alemania —el *Diskussionensentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* (2000) y su propuesta de modificación de la prescripción (cfr. también R. ZIMMERMANN, su trabajo ya citado «Grundregeln eines Europäischen Verjährungsrechts und die Reformdebatte», *loc. cit.*, pág. 217 y sigs.), y el Reino Unido (*Summary of Recommendations...*).

(52) Esa es la línea ya iniciada, también, en nuestro Derecho reciente: *a*) en el catalán, con la reducción a cinco años de la prescripción de la acción negatoria (art. 2.5,

2. PLAZO PRESCRIPTIVO GENERAL DECENAL

Siguiendo la línea y tendencia unificadora de plazos hoy preponderante, y de general acortamiento de los mismos (53), es bastante razonable el plazo único común de diez años por la que ha optado el legislador, que se aproxima al más frecuente en otros ordenamientos de alto nivel técnico y evolucionado. La razón técnico-jurídica de más peso para esa opción es que la sola distinción entre acciones reales y personales (del Código Civil español y otros) no resuelve la cuestión del plazo general prescriptivo para las llamadas acciones mixtas y, en particular, para las pretensiones derivadas de la sucesión *mortis causa*, lo que se evita con un plazo general y único del tenor del de este artículo 121-20. Deja éste a salvo, creo que innecesariamente, por su obviedad, dos supuestos: cuando haya habido una anterior usucapición (ha desaparecido ya el derecho, y con él la pretensión: no puede extinguirse por prescripción), y cuando se disponga otra cosa en el Código o en leyes especiales. La supresión de estas excepciones no habría perjudicado nada al texto legal, que ganaría en sencillez (la tan echada de menos en leyes recientes *elegantia legis*).

Es opinable, puede discutirse, si el plazo de diez años es el más oportuno, o lo hubiera sido otro (algo mayor, o menor). A mí me parece suficiente y adecuado, si ha de ser alternativa a la clásica distinción de plazos generales, según se trate de acciones reales o personales —distinción que considero correctamente superada—. Como plazo único resulta ser equidistante (una vez acortados) de los viejos de acciones personales y reales; y bien conjugado o conjugable con los de las prescripciones especiales, más cortas, de los

Ley 13/1990) desde los treinta años del artículo 344 Comp., y la reducción a dos y tres años para la exigencia de rendición de cuentas al término de la patria potestad y la tutela (arts. 148.3 y 221 CF, respectivamente) desde los tres y cinco años del Código Civil (arts. 168 y 279), por ejemplo; y *b*) en el Derecho común: cfr. la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por productos defectuosos (plazo de tres años) y Ley de Ordenación de la Edificación, con la distinción de plazos de garantía de diez, tres y un año (según casos), y la reducción del plazo de prescripción de quince a dos años; y varias leyes más cuya cita me parece innecesaria.

(53) También es la predominante en los ordenamientos y Códigos más modernos: tal, en el holandés (que ha reducido el plazo máximo de treinta años a veinte, y generalizado el de cinco años); en el de Quebec de 1994 (cuyo plazo máximo es de diez años, y de tres el de prescripción de las acciones personales y de las reales mobiliarias); y en la *Limitation Act* inglesa (que establece el plazo de seis años para las acciones que se funden en culpa extracontractual o en *simple contract*). La *Prescription and Limitation Act* escocesa de 1973 somete la mayor parte de las pretensiones obligacionales a un plazo de cinco años, y la Convención de la UNCITRAL (1974), para pretensiones derivadas de compraventa internacional de mercancías, el de cuatro años. Véase igualmente, aun no tan recientes, los Códigos suizo (de las Obligaciones) e italiano, que han reducido el plazo general a diez años (compárese con los de treinta años del viejo BGB y los del art. 344 Comp. cat.); en menor proporción, el portugués.

artículos siguientes. Por otro lado, dado ese carácter, va a dar gran juego en la práctica (54).

3. PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE PRETENSIONES PERSONALES

El artículo 121-21 recoge la clásica prescripción trienal de los Derechos hispanos, si bien simplificándola y actualizándola (en cuanto amplía los supuestos y pretensiones). Ambas cosas son plausibles. Sus varios apartados merecen alguna consideración.

- a) *Prescripción de las pretensiones relativas a pagos periódicos anuales o plazos inferiores.* En este apartado se recogen buena parte de los casos que el Código Civil español (aplicable hoy en Cataluña, no se olvide) menciona en el artículo 1.966, si bien se reduce el número de supuestos descritos y su plazo de prescripción, de cinco años a tres, en la línea antes apuntada. La enumeración casuista es sustituida —con la ventaja de una expresión más general, y por la similitud entre los casos que comprende— por la más sencilla de este artículo, en la que se da un tratamiento idéntico a todas las pretensiones relativas a pagos periódicos que deban hacerse por años o plazos más breves. De lo dicho se deduce mi juicio favorable a esa norma.
- b) *Prescripción de pretensiones relativas a la remuneración de la prestación de servicios y de ejecución de obra (55).* Coincide esta regla sustancialmente con las del artículo 1.967 del Código Civil español (cuya aplicación en Cataluña no ha sido problemática), si bien ahora

(54) Si excluimos los casos y reglas especiales de otras leyes (incluidos el Cód de Familia y el de Successions) y las especiales de este título II del Código Civil de Cataluña (la trienal y la anual) resulta que quedan sujetos a la prescripción decenal de este artículo 121-20, *todas las acciones reales* sobre bienes muebles e inmuebles (excepto la interdical posesoria), las *acciones personales* no mencionadas en el artículo 121-21 (que comprenden las clásicas acción general *ex delicto*, la de cumplimiento de sentencia judicial condenatoria, las de incumplimiento contractual, las derivadas de obligaciones legales...), las llamadas *acciones mixtas* (sobre todo, las sucesorias que no tengan plazo especial), y quizá alguna otra. Se trata, pues, de una regla general y una prescripción general de muy amplia aplicación.

(55) En Derecho catalán hubo de antiguo prescripciones breves semejantes a las de este artículo, al lado de las del usatge *Omnes Causae*. Prescribían a los tres años los créditos de los abogados, escribanos, notarios, procuradores, artistas y artesanos; a los dos años, las acciones de los farmacéuticos para cobrar los medicamentos vendidos, y al año los salarios de los criados (cfr. *Constitucions i altres drets de Catalunya*, libro VII, tít. 2 del vol. I). También preveían prescripciones breves, semejantes a esas (y distintas de las del Código Civil español), el Proyecto de Apéndice de Durán y Bas (art. 374, prescripciones anual y trienales), el Anteproyecto de 1931 (art. 324) y el Proyecto de Compilación de 1955 (art. 560).

con términos más generales y menos casuistas; por tanto, más comprensivos y técnicamente mejores. Quizá debiera haberse hecho mención expresa —porque a veces será de difícil inclusión en el este apartado *b*) del art. 121-21— a las pretensiones de honorarios de peritos judiciales y los que se devenguen en procedimiento arbitral, y los de los propios árbitros (que su ley especial no regula suficientemente), así como las indemnizaciones a los testigos por gastos y perjuicios originados por su comparecencia en procedimiento judicial o arbitral (con ésa o parecida, incluso más sencilla, redacción). Con ello se adecuaría el régimen de esas pretensiones relativamente específicas (frente a la excesiva generalidad del texto proyectado) a las recientes leyes de arbitraje y de enjuiciamiento civil (y a su terminología). No es grave omisión —que podrá superarse con una interpretación racional y finalista de este precepto—, pero entiendo que pudo y debió incluirse sin detrimento de la norma.

- c*) Las *pretensiones de cobro del precio en las ventas al consumo*. Su inclusión aquí es novedad, justificada en la dinámica de esa clase de contratos y en la línea de protección a consumidores de su legalidad especial (que en este caso se manifiesta por el acortamiento del plazo prescriptivo, ya que de no ser por esta norma se aplicaría a esa prescripción la regla general de los diez años del art. 121-20). Bienvenida sea, pues, esa prescripción abreviada.
- d*) Se incluye en esta prescripción trienal —y es quizá la novedad más importante— la de las *pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual*. Se amplía, así, el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual (excepción a la general abreviación de plazos del nuevo régimen de la prescripción), pues hoy resulta (y es criticado por) muy breve el de un año del artículo 1.968.2.º del Código Civil (que ha obligado a la jurisprudencia a jugar con el inicio o la interrupción de ese plazo para evitar la prescripción en casos graves) (56). El plural genérico que emplea esta norma indica, inicialmente, que comprende todas esas pretensiones (sometidas al Derecho catalán por el juego de las normas pertinentes), desde

(56) Plazo ese de tres años en el que coinciden la «Propuesta de reforma de los artículos 1.902 y sigs., y 1.968 del Código Civil», de PANTALEÓN PRIETO (por encargo del Ministerio de Justicia), la de la *Schuldrechtskommission* alemana y la legalidad hoy vigente en el Reino Unido, donde la *Limitation Act 1980*, modificada por la *Latent Damage Act 1986* establece como regla general de prescripción (*limitation*) de las *actions in tort* el plazo de seis años, pero el de tres para los daños personales. Cfr. MARKESINIS y DEAKIN, *Tort Law*, 4.ª ed., Oxford (Clarendon Press), 1999, pág. 712 y sigs.; WINFIELD y JOLOWICZ, *On Tort*, 14.ª ed., London (Sweet and Maxwell), 1994, pág. 761 y sigs.; SALDMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, 19.ª ed., London (Sweet and Maxwell), págs. 664-665.

la resarcitoria o indemnizatoria hasta las de reembolso a favor de terceros (art. 113 CP), y creo que también —pues son *derivadas de responsabilidad extracontractual*— la directa del perjudicado contra el asegurador (art. 76 L. C. Seguro) y la de subrogación del asegurador contra el responsable del acto lesivo (que en otro caso quedarían sometidas a la regla general del art. 121-20). Quizá hubiera sido mejor concretar un poco más, en evitación de problemas interpretativos.

A esa prescripción trienal debería haberse añadido, en mi opinión, la de la acción indemnizatoria o resarcitoria por culpa contractual (dejando las otras consecuencias de ésta sometidas al plazo o regla general de prescripción). En Derecho comparado son mayoritarios los ordenamientos que someten al mismo plazo la responsabilidad por culpa contractual y extracontractual (y precisamente, al de tres años); y nuestra mejor doctrina viene reclamando, con razón y cada día con mejores argumentos, la superación de la actual distancia y distinto régimen jurídico de una y otra: quizá lo más fácil era empezar por los plazos de prescripción.

4. ACCIONES POSESORIAS

El artículo 121-22 regula la única prescripción de pretensión real del Código Civil de Cataluña. Todas las demás, salvo norma expresa que lo disponga en otro lugar (Código o leyes especiales), quedan remitidas a la prescripción general de los diez años. Las acciones protectoras de la posesión, los clásicos interdictos, tienen en nuestros ordenamientos un plazo de prescripción (quizá ¿de caducidad?: discutido en doctrina y jurisprudencia) de un año, también antiguo y apoyado en el Derecho material hoy vigente (art. 460 del Código Civil español). Se mantiene aquí, en el artículo 121-22, por considerarla razonable y que ha dado un buen juego en la práctica. Sin embargo, su existencia como plazo autónomo en esta sede de prescripción debería depender de dos extremos que habrá de decidir el legislador catalán en congruencia con el régimen sustantivo de la posesión en el Código Civil de Cataluña, a que haya lugar: de un lado, el plazo que se establezca para la pérdida de la posesión, con el que tiene que integrarse; de otro, con la calificación de plazo de prescripción o de caducidad que se le otorgue, que debe ser allí, en el ámbito de la posesión, y no aquí.

En ello reside la principal objeción a esta norma y prescripción, que aconsejaría incluso su desaparición de este artículo (que prejuzga una cuestión atinente a otro ámbito jurídico-material): dejar su regulación exclusivamente para el régimen sustantivo de la posesión (pérdida, recuperación), lo que evitaría duplicaciones innecesarias. Así ocurre con ciertas pretensiones personales.

5. CÓMPUTO DEL PLAZO PRESCRIPTIVO

5.1. *Criterios legales de cómputo*

Si siempre ha sido cuestión muy importante ésta, lo es más cuando los plazos de prescripción son más cortos, tendencia actual asumida por este del Código Civil de Cataluña, siquiera sea de forma moderada.

En Códigos tan prestigiosos como el BGB pretendían sus comentaristas sustituir el dato «nacimiento» de la pretensión (§ 198) por el de la *exigibilidad*; otros lo dicen así (Código Civil suizo de la Oblig.) o lo condicionan a ello (pretensiones sometidas a condición o plazo). Pero el problema hoy más debatido es el de si en este punto se ha de seguir un criterio objetivo (exigibilidad, concurso de todos los requisitos de la pretensión) o subjetivo (efectivo conocimiento del nacimiento o exigibilidad de ésta y de la persona frente a la que ejercerla). Un criterio intermedio es el de la posibilidad de que el interesado haya podido razonablemente, con la diligencia pertinente, conocer aquellos datos (57).

Esos criterios están presentes en este artículo, en forma cumulativa.

A) Criterio básico del nacimiento o exigibilidad de la pretensión

En este punto no se aparta el artículo 121-23.1 de la posición del Código Civil español —y de otros de nuestro entorno jurídico—, próxima a la teoría de la *actio nata* (desde que el derecho o pretensión era exigible y pudo ejercitarse). Así lo vió ya la sentencia del Tribunal de Cassació de Catalunya, de 10 de julio de 1936, que, entre otras reglas en materia de prescripción, citaba que «no pot començar a córrer el temps de la prescripció d'una acció fins i tant que l'acció *ha nascut i pot exercitar-se*, i el d'un dret condicional, fins i tant que el dret pugui realitzar-se, és a dir fins que la condició s'hagi complert». En sentido parecido, la STS de 4 de junio de 1912, que invocaba el Usatge *Omnes Causae*, entre otras. Tampoco se apartan de ese criterio los casos y normas concretas de inicio del plazo prescriptivo en

(57) El criterio del conocimiento ha ganado adeptos con motivo de las recientes (algunas, no tanto) modificaciones de no pocos Códigos. Así, el Código suizo, el holandés, el de Quebec, la *Limitation Act* inglesa; y en trabajos prelegislativos (de la Comisión alemana para la reforma del Derecho de Obligaciones, de la *Law Commission* inglesa), amén de la Directiva europea sobre productos defectuosos (art. 10); si bien, es cierto, no es criterio general o único, sino aplicable a ciertas pretensiones y prescripciones especiales, en particular (y en ello hay más unanimidad), para las reparatorias o indemnizatorias por culpa extracontractual. En el mismo sentido, la *discovery rule* americana (cfr. P. GERSTENBLITH, *op. loc. cit.*, pág. 63 y sigs., con amplias referencias jurisprudenciales).

la vigente legalidad catalana: cfr. artículos 28.1 y 378.1 CS, 10 y 19 de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de censos; artículo 18.3 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de derechos de superficie, de servidumbres y de adquisición preferente (acción confesoria); y artículo 206 CF.

El Proyecto de ley hablaba en su artículo 121-23 de «*nacimiento* de la pretensión». No me pareció correcto —por ser cuestión discutible cuándo *nace* una pretensión, tanto teórica como prácticamente (*¿quid* en caso de derechos sometidos a condición o plazo, por ejemplo?)—, cuando era mucho más preciso en técnica jurídica el hablar de *exigibilidad*, término que manejan legislaciones prestigiosas, como acabo de apuntar. La ponencia parlamentaria —sin enmienda concreta *ad hoc*, parece— ha recogido la idea que presidía el precepto homólogo del Anteproyecto («el plazo prescriptivo comienza desde la exigibilidad de la pretensión...»), y lo ha dejado con la expresión «*nascuda i exercible la pretensió*»: plausible la referencia a *exercible*, pero innecesaria la de *nascuda* (ya que no puede ser ejercitable la pretensión si no ha nacido), tributo extemporáneo a la teoría de la *actio nata* que resta agilidad y elegancia a la norma.

B) Criterio complementario del conocimiento o cognoscibilidad

En evitación de problemas y dificultades interpretativas (recuérdese los que ha presentado el art. 1.969 del Código Civil), el artículo 121-24 exige, junto al nacimiento y ejercitabilidad de la pretensión, el dato de que el interesado conociera o pudiera conocer razonablemente la existencia de la pretensión (en la línea de la jurisprudencia: SSTs de 31 de octubre de 1968, 12 de febrero de 1970 y 13 de noviembre de 1972), sus circunstancias y el titular pasivo. Por «circunstancias» que fundamenten la pretensión hay que entender cuantos datos y elementos la conforman jurídicamente, incluidos los personales (sujeto pasivo, expresamente aludido). Entre esos elementos estarán no sólo datos como la cuantía de lo reclamable y la identidad de la persona a quien reclamar, sino otros, como el que el ejercicio de la pretensión dependa del conocimiento de un hecho (por ejemplo, del sobreseimiento de unas actuaciones penales para poder interponer demanda civil), o de la exigencia de un requerimiento o notificación previa. La posibilidad razonable de conocimiento (cognoscibilidad) hay que relacionarla con el empleo de la diligencia pertinente: la negligencia en la obtención de datos, en la posibilidad de conocerlos, perjudicará al sujeto activo.

Me parece acertado este criterio complementario subjetivo, que va a ser determinante, unido al objetivo (ejercitabilidad de la pretensión). La doctrina constitucional relaciona esa cuestión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la indefensión en que puede quedar el interesado que no

tuvo ocasión de conocer en cierto tiempo el inicio del cómputo del plazo que le afecta: cfr. SSTC 220/1993, de 30 de junio; 89/1999, de 26 de mayo, y 198/2000, de 14 de julio).

5.2. *Cómputo efectivo de los plazos de prescripción*

En la redacción del artículo 121-23 del Proyecto de ley no aparecía ninguna regla sobre cómputo de tales plazos, cosa comprensible (y no necesidad) habida cuenta de que el artículo 111-9 del mismo Proyecto (tít. I, Disposiciones preliminares) dictaba reglas generales sobre cómputo civil de los plazos. Decaído ese precepto a su paso por el Parlament (58), han pasado prácticamente íntegras a los números 2 y 3 de este artículo 121-23, y a los mismos del 122-5 (caducidad). No creo que sean éstos los mejores lugares para unas normas tan generales, que exceden de lo que aquí concierne. Desconozco las razones del legislador para aquella supresión (no aparecen en los trabajos parlamentarios). La ulterior traslación a los mencionados artículos del título II parece justificarse en evitar tener que recurrir a normas y ordenamientos ajenos. En todo caso, ahí están, sirven a los fines pretendidos y no requieren aquí de mayor comentario.

5.3. *Supresión de reglas especiales*

Ante el problema (eminente, de técnica legislativa) que plantean las reglas especiales de cómputo para ciertos casos y acciones (las de los arts. 1.970 y sigs. del Código Civil), ha preferido el legislador catalán, en mi opinión, acertadamente —como se hizo y argumenté para la interrupción— su desaparición en este terreno (prescripción, cómputo), porque algunas van implícitas en la naturaleza y régimen de la relación jurídica o de la pretensión de que se trate (cfr. art. 1.970.3.º y 1.972 del Código Civil), y otras deben ir incorporadas al régimen de la institución, derecho o acción concreta con que guarda relación; algunos de éstos —y ello es determinante—, pendientes de su regulación sustantiva en un Derecho patrimonial *in fieri*.

(58) Es curioso lo poco clara que queda la desaparición de este artículo, en vista de su *iter* parlamentario. A su proyectada redacción se presentaron varias enmiendas (la 45, de supresión; las 46 y 47, de modificaciones de su redacción, de mínima importancia); la Ponencia recomendó la adopción de las dos últimas enmiendas, y luego, sin más noticia ni explicación, desapareció ese precepto en la redacción definitiva y texto legal aprobado.

6. PLAZO MÁXIMO DE PRESCRIPCIÓN, LLAMADO «DE PRECLUSIÓN»

Para que por razón del cómputo subjetivo del plazo prescriptivo recién aludido, o de la suspensión, o la interrupción de la prescripción no se prolongue excesivamente el tiempo real de la misma y se resienta con ello la seguridad jurídica, disponen algunos ordenamientos que la prescripción tendrá lugar en todo caso una vez transcurrido un plazo máximo límite de ejercicio de la pretensión. Con esa finalidad, el artículo 121-24 introduce uno de treinta años (que llama «de preclusión») desde el nacimiento de la pretensión, al cabo del cual, ininterrumpido, se extingue ésta con independencia de la causa que haya impedido su efectivo ejercicio. Es también importante novedad (*hic et nunc*) en esta materia.

Esa preocupación y este remedio no es sólo de ahora, pues lo preveían algunos Códigos clásicos (59). Pero ha merecido especial atención y ha pasado a muchos ordenamientos en los últimos años (60). Me parece bastante razonable esa medida, que permite evitar riesgos de duración excesiva de la prescripción —piénsese, por ejemplo, en el caso de un menor de tres años, para quien no corre la prescripción hasta sus dieciocho años, tiempo de suspensión que debe sumarse al plazo legal correspondiente—, y permite acallar las críticas (a veces, justificadas) que en ese terreno se puedan dirigir contra la suspensión; ahora menores en tanto los plazos prescriptivos tienden a acortarse en la mayor parte de los ordenamientos modernos o recientemente modificados.

La dificultad (legislativa más que dogmática) está casi siempre en la concreción de ese plazo. Ello es, otra vez, decisión de política legislativa —diga el legislador lo que le parece más oportuno, según la idea que tenga y régimen de la prescripción por el que opte—, mas pienso que a tal efecto no deberá prescindir ni quedar muy elejado del régimen de plazos de prescrip-

(59) Así, el BGB (§ 852, redacción original, plazo de *treinta años* para las reclamaciones por daños, con independencia del momento del conocimiento del hecho y del causante) y el Código suizo de las Obligaciones (arts. 60.1 y 67.1: *diez años*). También Códigos de otras áreas culturales y tiempo, como el de Chile, para el que «transcurridos *quince años*, no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas» (art. 2.520.2.º).

(60) Consta en el holandés (arts. 309, 310 y 311; *veinte años*), en la *Prescription and limitation Act 1973* escocesa (section 7: *veinte años*); en la *Limitation Act 1980* inglesa se prevén dos *general long-stop*, de *diez años* (s. 11-A) y *quince años* (s. 14-B), *general long-stops* que la *Law Commission* británica extiende a los *treinta años* para las pretensiones por daños personales y de *diez años* para las demás reclamaciones. El Código Civil belga, en su reciente reforma (1998) establece también un plazo máximo de *veinte años* «à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage» (art. 2.262 bis-3.º). Y la Convención sobre prescripción en materia de venta internacional de mercaderías (Nueva York, 1974) establece un plazo límite de *diez años*. Unase a ello el mantenimiento de los plazos preclusivos máximos (*Höchstfristen*) de treinta y de diez años (según el tipo de pretensión) en la recentísima reforma del BGB 2001 (§ 199.2).

ción (más o menos largos o cortos) por el que se incline, por cuanto la suspensión repercute precisamente en éstos. Y el legislador catalán —me parece— no ha tenido en cuenta en esta ocasión esos datos.

Los plazos de treinta años del BGB y de este artículo 121-24 del Código Civil de Cataluña (cada uno por un motivo distinto: en éste, por influencia tardía del *Omnes Causae*) me parecen excesivos. Creo más prudentes los de diez o quince años, quizá veinte años, todo lo más (en congruencia con el acortamiento general de todos los plazos prescriptivos). Hubiera podido distinguirse, como alternativa, dos tipos de plazos máximos preclusivos, según la clase de pretensión a que afecten, sistema por el que han optado algunos ordenamientos; mas no ha sido ése el criterio del legislador catalán.

VII. LA CADUCIDAD (CAPITULO II DEL TITULO II)

1. IDEA GENERAL DE LA CADUCIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

1.1. *Caracteres de la misma*

La caducidad que se regula en el Código Civil de Cataluña queda caracterizada por las siguientes *notas* (implícitas en su régimen general):

- a) Un *fundamento objetivo*: la necesidad de certeza (frente a indefinición e incertidumbre) de la relación jurídica afectada por el transcurso del tiempo. La caducidad está basada, por otro lado, en la sola inactividad del interesado, cuya causa será en principio intrascendente: es irrelevante, por regla general, la cualificación subjetiva del comportamiento omisivo que da lugar a ella. Tal inactividad puede ser concebida como el incumplimiento de una carga (para salvar el derecho caducable es preciso ejercitarlo temporáneamente), de forma que ese ejercicio «a tiempo» se incorpora a la propia entidad e identidad del mismo como presupuesto legal e inexorable de su ejercicio o efectividad. El tiempo aquí es un elemento intrínseco, no de eficacia externa sobre la relación o derecho a que afecta. Por ello el plazo es material, no procesal.
- b) *Estructuralmente* se caracteriza la caducidad por la *perentoriedad del término* (plazo de ejercicio), en general inmodificable por la razón material dicha (con excepción del art. 122-3.1); y por la *especificidad e infungibilidad del acto* que evite la caducidad, que normalmente será el ejercicio del propio derecho o acción sujetos a decadencia (cfr. art. 122-1.2), aunque a veces, también excepcionalmente, puede tratarse de realización de un acto distinto.

- c) *Funcionalmente*, la caducidad que contempla y regula el nuevo texto legal se caracteriza, en principio, por el automatismo con que opera, y una general apreciabilidad de oficio por el juez, sin necesidad de alegación de parte, salvo cuando afecte a derechos disponibles (cfr. arts. 121-2 y 3).
- d) *Objeto*. La caducidad se refiere, no a pretensiones, como la prescripción, sino, sustancialmente, a los derechos potestativos (de formación) o facultades o poderes de modificación jurídica (cfr. arts. 322 CDCC; 60.2 y 154 CF; 15, 59 y 378.2 CS, y 6.4 LC, a título de ejemplo), a facultades que han adquirido la condición de derechos secundarios —terminología de DE CASTRO— (arts. 326.1 CDCC y 23.2 LC) y acciones relativas al estado civil de la persona (arts. 106 a 110 CF) —como son prácticamente todos (o casi) los que caducan hoy en las leyes catalanas y en la jurisprudencia—. Todos ellos son ámbitos de poder de una persona que no consistan en exigir a otro un dar o un hacer (pretensión): en ello radica su más importante diferencia intrínseca con la prescripción.

1.2. *Nuevo régimen de la caducidad*

En los ordenamientos que la regulan (que no son todos, entre los próximos al nuestro) hay dos concepciones fundamentales de la caducidad, asumidas por dos Códigos prestigiosos: el Código Civil alemán y el italiano de 1942; el primero, con un régimen unitario de esa institución, que aplica por igual y de forma rígida a los derechos y relaciones jurídicas disponibles y a los indisponibles; el segundo, en cambio, hace distinción entre una y otra clase de relaciones tanto en lo que respecta a la autonomía de la voluntad de los interesados, interrupción y suspensión de plazos y renuncia, y, sobre todo, en cuanto a la apreciación o no de oficio de la caducidad, una vez consumada.

En el Derecho español —en general, pues no había hasta ahora diferencia entre sus varios ordenamientos positivos— esta institución es de elaboración jurisprudencial, donde el Tribunal Supremo acogió la idea y régimen del BGB por razones de oportunidad; mas esa construcción no siempre ha sido coherente y ha dado lugar a dudas, discusiones y disfunciones que deben ser superadas (61).

Desde un punto de vista doctrinal y práctico, hay motivos razonables y bien fundados para hacer cierta distinción entre los derechos y relaciones indisponi-

(61) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso? Necesidad de un régimen diferente para las relaciones jurídicas e intereses disponibles», en *Rev. Dcho. Priv.*, junio 2001, pág. 466 y sigs.

bles (derechos fundamentales, estado civil de la persona) y los sometidos a la disponibilidad de los interesados (retractos, acciones rescisorias...) a efectos del régimen jurídico de la caducidad, de sus plazos de ejercicio y otros extremos. Los primeros afectan primordialmente a la persona titular, pero trascienden ese ámbito y alcanzan a la sociedad, también interesada; de ellos no pueden disponer los interesados primarios, no debe darse juego a la autonomía de la voluntad, y la caducidad debe ser apreciada por los tribunales de oficio, ya que dejarla a iniciativa y libre albedrío de los interesados es tanto como dejarles disponer de una materia indisponible. Nada de eso ocurre cuando se trata de materia disponible, en que priman los intereses privados, regidos en nuestro sistema jurídico por el principio de libre disposición tanto material como procesal (alegación de parte, principio dispositivo). Si al titular no le conviene o deja de alegar la caducidad en caso de ejercicio intempestivo de una acción de rescisión por lesión o por fraude, no es lógico que el tribunal decida en sentido contrario y aprecie de oficio esa caducidad (a diferencia del caso de resolución contractual) que el contratante ha dejado de invocar. Ese razonamiento es extensible a otros aspectos de la caducidad.

En este momento legislativo del Derecho catalán parecía indicado elegir entre aquellas dos concepciones diferentes de la institución y decidir a ese respecto y en importantes cuestiones concretas. Había, además de las apuntadas, otras razones para distanciarse de la construcción jurisprudencial de la caducidad y optar por la concepción y régimen del Código Civil italiano (y otros, como el portugués), más coherente con aquellos principios de nuestro sistema jurídico y más práctica. Así se ha hecho en este texto legal —acertadamente, en mi opinión—, que parte de la distinción entre relaciones jurídicas y derechos sometidos a la disponibilidad de los interesados, y los indisponibles. La idea esencial, la justificación y finalidad de la caducidad no es incompatible con esa distinción. Si el ejercicio del poder o acción no puede ni debe quedar a discreción de su titular en el segundo caso (estado civil, derechos fundamentales de la persona), por el interés social y público afectado, debe quedar, en cambio, a discreción del interesado (único) en el primero, en el que no hay motivo para sustraerlo a la autonomía de su voluntad, como es regla general en nuestro ordenamiento para los de su clase.

En materia de derechos disponibles, por ser su contenido de naturaleza privada, la ley deja a discreción del interesado la actuación del mismo, la disposición del propio derecho (que es tanto como permitir al titular retenerlo o extraerlo de su esfera jurídica). De ahí (única razón) que la prescripción, siempre relativa a derechos disponibles, deba ser alegada —al tribunal no le interesa qué haga con lo estrictamente suyo el deudor demandado—, y que una vez consumada pueda ser renunciada (se renuncia la ventaja económica que la prescripción aporta). Algo semejante a esto puede y debe ocurrir en la caducidad referida a esos mismos derechos e intereses. Importa a este respec-

to ese elemento esencial (naturaleza, contenido), no el instrumental de su extinción o frustración de su ejercicio (prescripción o caducidad).

Resulta, con esa justificación y en esta concepción de la institución (cfr. Exposición de Motivos, apartado III.5), que la caducidad de los derechos y acciones relativos a relaciones jurídicas disponibles se aproxima mucho al régimen de la prescripción (por identidad del objeto); pero no hay nada anormal o grave en ello (62). Por lo demás, aun siendo distinción de gran trascendencia aquí, el Código Civil de Cataluña no especifica cuáles sean derechos, intereses y relaciones disponibles o indisponibles, lo que es impropio de un texto legal y queda sujeto a la calificación *in concreto* de cada caso y situación, según los criterios y elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto. Sí será necesario, en cambio, que el legislador cuide la calificación (prescripción o caducidad) que dé en lo sucesivo —tanto en leyes nuevas como en la modificación futura de las actuales— a las pretensiones o acciones que regule, pues la proximidad aludida no obsta a algunas diferencias todavía notables entre una y otra figura (aun referidas a relaciones e intereses disponibles).

2. REQUISITOS DE LA CADUCIDAD

Precisa la caducidad, igual que la prescripción, cierta inactividad del titular del derecho o acción durante el tiempo señalado por la ley para la extinción de uno u otra. Ambos requisitos, inactividad del titular y transcurso del tiempo, tienen aquí connotaciones típicas y juegan de una forma específica. A ellos va vinculada su consumación o no, a que se refiere el artículo 122-1.2 del Código Civil de Cataluña.

- a) *Inactividad del titular.* Así como en la prescripción la posición subjetiva del titular puede afirmarse a través de actos interruptivos o del reconocimiento del derecho por el sujeto pasivo, en la caducidad se

(62) El grado de proximidad o lejanía de la caducidad respecto de la prescripción es cuestión que ha preocupado a la jurisprudencia (cfr. STS de 28 de enero de 1983, entre muchas), tanto como a los teóricos (DE CASTRO), lo que repercutiría en su respectiva regulación. Configurada la primera como institución autónoma y bien diferenciada, sobre todo funcionalmente, las normas de la prescripción no serán aplicables a la caducidad, por regla general: sencillamente, porque son instituciones distintas. Mas en algún caso, en evitación de reiteración de reglas, y en los aspectos en que su proximidad es mayor —sustancialmente, en cuanto a la caducidad relativa a derechos e intereses disponibles—, podría haber habido lugar a remisiones al régimen legal de la prescripción, más completo. En todo caso, siempre cabrá, a falta de norma propia, la aplicación analógica, como ya había hecho en no pocas ocasiones el Tribunal Supremo: así, del artículo 1.969 del Código Civil, que ha aplicado ya a la caducidad «dada la natural y estructural semejanza de ambas instituciones» (sentencia de 16 de febrero de 1993, entre otras).

toma en consideración el hecho objetivo de que dentro de un plazo fijo, inexorable, no se haya realizado cierto acto, prescindiendo de la posición subjetiva del afectado. Si la caducidad es la sanción de ciertas inactividades (según determinados poderes jurídicos de actuación), para evitarla debe actuar el sujeto dentro del término perentorio señalado para cada caso, en una forma concreta, y sólo de esa forma; y es intrascendente el motivo de la inactividad.

En cuanto a la actividad apta para impedir la caducidad, puede ser muy varia (como los derechos y acciones sometidos a ella), y debe ser la adecuada para cada supuesto específico, tanto en el tipo de acto como en la forma de realización o de ejercicio. Este debe efectuarse frente a la persona idónea, según su clase. Dirigida equivocadamente, frente a otro, no supone verdadero ejercicio del derecho o acción, salvo casos excepcionales. Si la demanda es presentada ante Juez incompetente, aun dentro de plazo, su inadmisión de oficio no conlleva una suspensión (y menos interrupción) del plazo de caducidad, que sigue corriendo. Si al intentarlo de nuevo el actor ante juez competente no ha caducado la acción, llegará a tiempo; en otro caso, si el plazo legal ha caducado, su pretensión fracasará.

Como acto impeditivo de la caducidad, además de los examinados, cabe también el reconocimiento del derecho por parte de la persona contra la que se debe hacer valer el derecho sujeto a caducidad (cfr. art. 2.966 del Código Civil italiano), pero sólo para los derechos disponibles (así, ya, en la jurisprudencia), cuyo régimen es distinto del relativo a derechos y relaciones indisponibles también en otros aspectos.

- b) *Transcurso del tiempo*. Si en la prescripción la inactividad del titular (inejercicio efectivo del derecho) es susceptible de reproducción (teóricamente, hasta el infinito) por mor de la interrupción —basta el reconocimiento del deudor o sujeto pasivo—, en las relaciones jurídicas sometidas a caducidad la actividad ha de tener lugar en un plazo determinado: la no ocurrencia dentro del mismo produce su decaimiento, sin posibilidad (en términos generales) de rehabilitación, porque el derecho, facultad o poder correspondiente tiene sometida su eficacia «a plazo fijo».

La perentoriedad del término o plazo (aquí el tiempo es elemento intrínseco) es quizá la nota más específica de la caducidad, y sirve (finalísticamente) a la tutela de un interés exterior a la esfera jurídica del titular del derecho o acción, que unas veces es de ámbito público (caso de las relaciones de estado civil) y otras estrictamente privado. La trascendencia de ese interés externo al titular se inserta en la propia relación jurídica por medio de la exigencia o carga de su ejer-

cicio en un plazo (*rectius*, término) perentorio, bajo amenaza de sanción (caducidad): porque no se puede someter al sujeto pasivo de la relación jurídica, si es privado, a sufrir indefinidamente la posible modificación unilateral de la misma, y si es público (matrimonio, filiación), el que quede incierta esa relación durante excesivo tiempo. Por esta razón —vinculación del tiempo a intereses de Derecho material insertos en la relación o situación jurídica—, el plazo o término es sustantivo; y, en general, por la aludida finalidad, se trata de términos breves —por comparación con los de la prescripción—, amén de perentorios e improrrogables, como dijo con reiteración nuestra jurisprudencia (sentencias de 23 de enero de 1960, 1 de julio de 1970 y 26 de septiembre de 1997, entre muchas; la última dice que el plazo de caducidad «no admite interrupción, de tal manera que el tiempo transcurre inexorablemente»). Queden tales notas como de tipo general y en principio, pues la nueva concepción de la caducidad en el Código Civil de Cataluña obligará a hacer excepciones y matizaciones.

3. NATURALEZA IMPERATIVA DE LAS NORMAS SOBRE CADUCIDAD (ART. 122-1.3)

La relación directa de la caducidad con la seguridad jurídica (evitar la persistencia de incertidumbre de las relaciones jurídicas), que es su justificación (cfr. STS de 8 de noviembre de 1983, y las que cita), le confiere un matiz social y de orden público, en general, y de forma más clara y contundente cuando alcance a relaciones jurídicas, derechos e intereses indisponibles (derechos fundamentales, estado civil de la persona), que determina su general consideración de *ius cogens* y la naturaleza imperativa de las normas que la regulen, en línea de principio, y en particular en cuanto afecte al interés público.

En cambio, si se trata de relaciones e intereses disponibles (acciones rescisorias, retractos, por ejemplo), la seguridad jurídica se concreta en la certeza de la situación o relación afectada (sin dejar de tener alcance social, como en casi todo lo jurídico), donde predomina muy señaladamente el interés privado sobre el público; ello trasciende a la naturaleza (dispositiva) de ciertas normas y al juego de la autonomía de la voluntad, siquiera sea excepcionalmente. De ahí la salvedad o excepción a la regla general (naturaleza imperativa de las normas sobre caducidad) que se hace en el número 3 de este artículo.

Autonomía de la voluntad en el ámbito de la caducidad

En ese contexto, el alcance de la autonomía de la voluntad en el régimen y funcionamiento de la caducidad será distinto según la naturaleza de las relaciones jurídicas e intereses afectados: si en cuanto a los de alcance social y público, la indisponibilidad de la relación y del interés implicado exige que deba ser inmodificable por pacto la disciplina legal de la caducidad —nulidad del matrimonio, acciones de filiación—, cuando se trate de intereses y acciones estrictamente privados y disponibles (*dret de fadiga*, rescisiones *ex arts.* 322 CDCC y 59 CS) no hay grave inconveniente en que las partes interesadas puedan modificar algunos aspectos del régimen de la caducidad si a ellas conviene (se trata de sus exclusivos intereses, no otros). El problema es hasta dónde llega esa posibilidad.

Ese es el tratamiento normal que dispensa nuestro ordenamiento, con normas dispositivas, a las *res in commercium*, y no hay motivo para romper aquí con ese principio y esquema funcional de protección. Es, al propio tiempo, más práctico y funcional. Tal es la posición, aún matizada (sin hacer esa abierta distinción) de cierta jurisprudencia y doctrina española, y, sobre todo, la línea de algunos Códigos modernos (italiano, art. 2.968, y portugués, art. 330).

La concepción de la caducidad de que parte el Código Civil de Cataluña, y la distinción y razones apuntadas, que aproximan —como dije— el régimen de la caducidad relativa a derechos y relaciones disponibles al de la prescripción, justifica las diferencias que aparecen en los artículos 122-2 y 122-3, que se limitan, sin embargo, a la apreciación o no de oficio y a la suspensión de los plazos de caducidad (en cuanto a ésta, tanto por las mismas causas que para la prescripción, como *per acord exprés de les parts*, importante dato éste por lo que aquí concierne). Y en esa restricción está, en mi opinión, la cuestión más discutible en este punto, y cierta incoherencia (¿temor del legislador a una excesiva apertura?). Porque si el fundamento del diferente trato está en la disponibilidad o no de los intereses afectados, y se admite la suspensión del plazo de caducidad *por acuerdo expreso de las partes* (art. 122-3.1), ¿por qué no admitir la posibilidad de modificación controlada de los plazos, ciertas interrupciones (por ejemplo, por reconocimiento del derecho por el sujeto pasivo de una relación jurídica disponible) y la renuncia de la caducidad consumada?; ¿por qué la suspensión sí y estos otros aspectos vinculados a la disponibilidad, no (al menos, explícitamente)?

En esa inteligencia plantea dudas la *renuncia a la caducidad*, donde cabría un trato diferenciado según las relaciones y derechos a que se refiera: así, en cuanto a los disponibles, únicos respecto de los que sería posible la renuncia de la caducidad consumada, por su proximidad al régimen previsto para la prescripción. La razón es sustancialmente la misma que para ésta. El legislador, sin embargo, calla.

Si no hay ningún inconveniente para que el interesado en hacer valer la caducidad del retracto, por ejemplo, renuncie a ello y acceda al ejercicio tardío de ese derecho (como el comprador a quien se le reclame tardíamente el precio puede renunciar a la prescripción consumada), ¿por qué no se va a dar la misma oportunidad al retraído en caso de ejercicio judicial del retracto? No es razón suficiente para un trato distinto el modo de ejercicio del derecho (extrajudicial o judicial). Evidentemente, en el segundo caso la cuestión de la renunciabilidad de la caducidad consumada guarda relación con la apreciabilidad o no de oficio de la misma. Establecido que en materia de intereses disponibles no pueda ser apreciada de oficio la caducidad y que deba ser invocada por el favorecido por ella (art. 122-3.2), resulta más razonable que pueda él mismo renunciar a oponerla (63). El interesado, árbitro exclusivo de sus propios intereses, no lesiona aquí ninguna finalidad de orden público renunciando a un derecho privado y disponible suyo; ni lesiona la propia institución de la caducidad. Se trata exclusivamente, en el supuesto ahora contemplado, de intereses privados y, además, sujetos a la disponibilidad por parte de su titular, no de una renuncia referida a una acción de nulidad de matrimonio o semejante. (En estos últimos casos es evidente que toda renuncia sería nula).

4. SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD

La no interrupción de los plazos de caducidad es generalmente aceptada en la construcción jurisprudencial de esta institución en Derecho común (Código Civil), con apoyo de la doctrina (que en ello la distinguen una y otra de la prescripción). Luego volveré sobre ella. La suspensión, con la que algunas sentencias la han confundido, menos conocida, es vista con menores prejuicios (lo que no deja de sorprender en un sistema jurídico como el Código Civil español, que no la regula).

El Código Civil de Cataluña ha vinculado esta cuestión (juego de la suspensión en la caducidad) a la concepción de la institución de que parte, al margen que se concede a la voluntad individual en este campo, y a la distinción conocida según se trate o no de derechos disponibles; todo lo cual determina su régimen general y también en este orden.

En vista de tales consideraciones, el régimen de la caducidad de los derechos e intereses indisponibles, la más típica y mejor caracterizada, es in-

(63) Esta solución es la de otros sistemas jurídicos no menos respetables, en los que hay un régimen distinto para los bienes e intereses disponibles de los indisponibles. Así en el Código Civil italiano, cuyo artículo 2.968 permite la renuncia a la caducidad en materia disponible (en términos casi idénticos, el art. 330.1.º del portugués), cuya doctrina y jurisprudencia hacen extensivo incluso a la renuncia anticipada de la caducidad. También en la jurisprudencia francesa.

derogable, y los plazos correspondientes no son susceptibles de interrupción ni de suspensión: es el dato más significativo de la caducidad prototípica (frente a la prescripción), amén de congruente con la naturaleza de las normas que le son propias (en general) y la de dichos intereses y su decadencia. En esa nota y esta diferencia están de acuerdo, prácticamente, todos.

Tratándose de materia estrictamente privada y sometida a la libre disposición del interesado, la propia jurisprudencia ha hecho alguna excepción (SSTS de 25 de mayo de 1965, sobre actividades administrativas previas a la demanda; sentencias de 25 de mayo de 1979 y 30 de mayo de 1984, sobre interrupción por acuerdo de las partes, prórroga del plazo de caducidad relativo a transporte marítimo), y no sólo para casos de caducidad convencional. El Código italiano, aun partiendo de una general inaplicación a la caducidad de las reglas sobre interrupción de la prescripción, la admite indirectamente (con otro nombre) en su artículo 2.966 del Código Civil para los derechos disponibles: por el reconocimiento del derecho por parte de la persona contra la que se debe hacer valer el derecho sujeto a caducidad.

Al abordar el legislador catalán dicha cuestión ha preferido, en lugar de acoger ese tipo de excepciones, el partir aquí también de la distinción asumida entre derechos disponibles e indisponibles, y someter la caducidad relativa a los primeros al mismo régimen de suspensión de la prescripción (limitada a la misma clase de derechos y pretensiones), de la que resulta ya tan próxima; calla, en cambio, en cuanto a la interrupción. De ahí la remisión que se hace en este artículo 122-3.1 a los de la suspensión de la prescripción (incluido el plazo de preclusión: cfr. art. 122-5, *in fine*); pero con una adición que no debe pasar desapercibida: que cabe también la suspensión «por acuerdo expreso de las partes», lo cual no deja de ser un tanto extraño porque no hay para la caducidad una norma como la del artículo 121-3, 2.º inciso, para la prescripción (modificabilidad de plazos): el 122-1.3 sólo contempla la suspensión como excepción a la imperatividad.

De la suspensión de los plazos de caducidad, no ya legal (posible, desde luego) sino voluntaria, hay un precedente en la propia jurisprudencia, que habla de *caducidad atenuada* (sentencia de 18 de octubre de 1988 y otras). Sirva ese ejemplo para respaldar la posición de este Código, que resulta así menos «heterodoxa».

5. LA «CADUCIDAD» CONVENCIONAL (ART. 122-4)

Al comparar la caducidad con la prescripción, que sólo nacería de la ley, algunos autores apuntaron como nota diferencial que la primera puede proceder tanto de la ley como de acto privado (así, CASTÁN TOBEÑAS, ya desde 1925, y la sentencia de 26 de diciembre de 1970). Frente a esa tesis argumen-

tó F. DE CASTRO, quien concluía: «ha parecido conveniente, por estas razones, reservar el término caducidad a la llamada caducidad legal» (64).

Desde hace décadas viene diciendo el Tribunal Supremo frases como ésta: «la caducidad o decadencia de los derechos surge cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho...» (sentencia de 10 de noviembre de 1994, que cita muchas más como precedente); en términos semejantes, las de 22 de mayo de 1965, 11 de mayo de 1966, 24 de junio de 1968, 26 de diciembre de 1970, 20 de mayo de 1972.

Aunque es mayoritaria en nuestra doctrina la opinión favorable a considerar verdadera caducidad la convencional, y frente a esa jurisprudencia (que en este punto es más reiterativa que mínimamente fundamentada), hay sólidas razones para entender que *caducidad* (propia) es sólo la legal: la llamada convencional en puridad no es verdadera caducidad; no es otra cosa que un pacto concreto en un marco negocial más amplio. Esa es también la opinión de Díez PICAZO (65), en nuestra doctrina solvente.

Cuando en un contrato las partes acuerdan que un efecto y un acto determinado (una reclamación, notificación o elección, por ejemplo) derivado del contrato, deba producirse dentro de un cierto plazo (cfr. art. 326-1 CDCC), ello es sólo una determinación accesoria de la voluntad —como la posición del acreedor sometido a un plazo contractual—, operante en ese ámbito negocial y no *ex lege*, que es como ocurre en las caducidades propiamente dichas, de que aquí se parte (nulidad matrimonial, *dret de fadiga* o rescisión *ultra dimidium*). La naturaleza de la llamada caducidad convencional y la legal es distinta: sólo tienen en común el límite temporal de actuación de la parte afectada; mas eso no es suficiente. Limitaciones temporales de ejercicio de derechos o de actuaciones hay muchas, y no cabe confundir las que provienen de la ley con las derivadas de la voluntad individual: su calificación y su régimen respectivos son distintos (cfr. STS de 12 de febrero de 1996).

El Código Civil de Cataluña parte, pues, de que caducidad propia, *stricto sensu*, es sólo la legal, la de decenas de preceptos de las leyes catalanas —cfr. apartado VI.1.d)—. A ella va referido la regulación legal de dicha institución que aquí se establece.

Régimen de la llamada «caducidad convencional»

En esa inteligencia, y puesto que en el tráfico jurídico hay también casos numerosos que a ella se refieren, ha decidido este artículo 122-4

(64) *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pág. 175.

(65) *Comentario del Código Civil*, cit., t. II, pág. 2085.

someter esa supuesta «caducidad» convencional al régimen y eficacia de los contratos en que se inserte, de los que es una previsión voluntaria y un efecto, con el régimen y límites que le sean propios en ese marco negocial. Sólo en cuanto no esté previsto en el negocio correspondiente y en las normas a que esté sometido, se aplicarán como supletorias (o por analogía) las de la caducidad legal, en atención a (y con los límites de) su semejanza.

Podía haberse optado por no aludir legalmente a esa supuesta caducidad; mas como es cuestión debatida y en la que había que tomar partido, así como para evitar problemas de interpretación del posible silencio legal, el legislador ha preferido dejar constancia en este artículo de su posición al respecto (que queda implícita) y del régimen jurídico efectivo. Comparto esa tesis y solución legal.

6. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD Y SU CÓMPUTO (ART. 122-5)

En un régimen general de la caducidad no es oportuno dictar plazos generales como los existentes para la prescripción. Es preferible establecer otros concretos para cada institución y caso de caducidad, con amplia variedad y distinta teleología. Así ocurre ya en el ordenamiento jurídico catalán (decenas de normas y casos).

Sí era necesario, en cambio, establecer el inicio del cómputo de los plazos de caducidad, muy importante aquí (plazos en general breves), a cuyo respecto parece manejar el artículo 122-5 un doble criterio, aparentemente alternativo (emplea la conjunción disyuntiva «o»): el del «nacimiento» de la acción (¿por qué aquí sólo *quan neix*, y en el art. 121-23, para la prescripción, *quan nascuda i exercible...?*) y el del conocimiento o cognoscibilidad. ¿Qué quiere decir con esa disyuntiva y aparente (¿o real?) alternatividad? ¿que en unos casos regirá el primero y en otros el segundo? ¿cuándo, cuáles? Más preguntas: ¿por qué se emplea distinta expresión en el artículo 121-23 (prescripción), cuya redacción viene a indicar la exigencia del doble requisito, y en el 121-5 (caducidad) con la disyuntiva «o»? ¿Ha sido consciente el redactor de esas normas de todo ello? Quiero pensar que se trata de un *lapsus calami*, que ya apareció en el Proyecto de ley y no ha sido corregido a su paso por el Parlament. De otra forma no se comprende el supuesto criterio alternativo sin indicación alguna de en qué casos procede uno u otro (pues son cosas bien distintas que apenas se imagina quien eso haya escrito, si es que lo hizo conscientemente). La semejanza de este caso y precepto con el de la prescripción (art. 121-23) —con idéntica redacción en el Proyecto de ley—, y la falta de razón alguna para la alternatividad, me inducen a pensar en error más que en otra cosa. ¿Cómo superarlo?

Si tenemos en cuenta que parece injustificada en este punto una diferencia de trato entre prescripción y caducidad (obsérvese que los cómputos de los plazos son idénticos en los arts. 121-23 y 122-5, núms. 2 y 3 respectivos), y que el 121-23 fue modificado por el legislador respecto de su redacción en el Proyecto de ley (cosa que no ha ocurrido con el 122-5), una interpretación racional, sistemática y teleológica lleva a entender este último precepto, un tanto descuidado, a la luz de su homólogo, el 121-23, en un doble sentido: *a)* cómputo del plazo de caducidad *desde la ejercitabilidad* del derecho potestativo, poder jurídico o acción (según casos), no desde el mero nacimiento (cuando sean distintos una y otro); y *b)* *exigencia cumulativa*, no alternativa, de ejercitabilidad y (no *o*) conocimiento o cognoscibilidad de la posibilidad de ejercicio.

Tiene dicho el Tribunal Supremo (y es cuestión pacífica) que los plazos de caducidad son de Derecho material y no un mero término judicial; lo que obliga «a tener en cuenta los días naturales sin exceptuar los inhábiles (sentencia de 30 de enero de 1974), «entendiéndose los meses de treinta días, y contándose incluso los inhábiles» (sentencia de 25 de mayo de 1965; en el mismo sentido las de 21 de febrero de 1957, 25 de junio de 1963 y 3 de octubre de 1970). De ello (que en los plazos de caducidad todos los días son hábiles y se computan todos por sustantivos) se deja constancia en este artículo 122-5, así como del cómputo de los días, meses y años (núms. 2 y 3). (Cfr. coment. art. 121-23, en el apart. V.5.2 de este trabajo.)

Esta norma (art. 122-5) es de carácter general. Hay otras específicas para casos y acciones concretas (arts. 322 CDCC; 60.2, 106, 108, 109 y 110 CF; 15, 59 y 378.2 CS; 23.2 LC), a cuyos cómputos especiales habrá que atenerse (66).

7. CADUCIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS INDISPONIBLES. APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA CADUCIDAD (ART. 122-2)

La forma de operar la caducidad (apreciación de oficio siempre) venía siendo la nota diferenciadora más calificada de la caducidad, sobre todo en

(66) Aunque será en ese ámbito de las caducidades especiales, debe dejarse constancia ya aquí de que tan importante como los plazos es su cómputo, porque en algún caso si está mal diseñado podría transformarlos en plazos largos y quedar subvertida la finalidad y el propio fundamento de la caducidad, en particular, cuando afecten a materia de orden público (cfr. arts. 106, 108, 109 y 110 CF). Ello requiere definir con precisión y racionalidad el *dies a quo* del cómputo, en lo que a veces (artículos recién citados) no ha pensado el legislador y crea problemas que se compadecen mal con la propia idea de caducidad. La aplicación del plazo «de preclusión» del artículo 121-24, a que remite el 122-5, resolverá no pocos problemas.

la jurisprudencia procedente del BGB y doctrina alemana (GRAWEIN, ROSEMBERG, ENNECERUS-NIPPERDEY, HUBNER). Y seguirá siéndolo en Derecho catalán, en general, sobre todo para las relaciones con un interés público (estado civil) y derechos e intereses indisponibles (derechos fundamentales de la persona), donde la caducidad es más caracterizada. Pero no es esa la única solución jurídica posible, ni hay razón alguna para que deba ser siempre así, de forma absoluta. Esta era materia todavía no regulada, aquí se hace por primera vez en nuestro Derecho, y la jurisprudencia que la ha construido no es inamovible, inmodificable. Hay ordenamientos, como los Códigos Civiles italiano y portugués, y fue argumentado y sustentado por doctrina valiosa (MODICA, PUGLIESE, ya antes de 1942; hoy, generalizada, con seguidores incluso fuera de Italia), que siguen una dirección distinta a la de nuestra jurisprudencia.

Se parte en el Código Civil de Cataluña del ya razonado distinto régimen de la caducidad según los intereses a que atienda, que se refleja en varios aspectos. Por la misma razón, no siempre deberá ser apreciada de oficio la caducidad, sobre todo cuando se refiera a derechos estrictamente privados e intereses disponibles, en que el interés público que hay tras la caducidad-institución no es otro que una genérica certidumbre de las relaciones jurídicas e indirectamente la seguridad del tráfico y demás (que también se da en la prescripción, y no funciona, sin embargo, de oficio) (67).

Cuando se trata de relaciones de estado, como afecta a materia e intereses sustraídos a la disposición de los directamente afectados (matrimonio, filiación, por ejemplo), es razonable, inevitable incluso, que no se deje su actuación a discreción del titular e interesado individual, ni que quede a su albur el oponerse a un ejercicio tardío de la acción correspondiente. Debe apreciarlo de oficio el juzgador, hágalo o no el interesado directo, porque en otro caso devendría éste en árbitro del estado civil. Junto al interés (privado, individual) de ese afectado hay otro social y público indeclinable que debe ser protegido y que tutela de ese modo el tribunal.

8. CADUCIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS DISPONIBLES

Nada de esto hay en la rescisión de una partición *ex* artículo 59 CS, en la acción *ex* artículo 1.490 del Código Civil, en el *dret de fadiga*, etc. Parece bastante claro, por otro lado, que la rescisión de un contrato (art. 321 y sigs. CDCC) está mucho más cerca normativa y prácticamente de la resolución contractual que de la nulidad del matrimonio o de la impugnación de un reconocimiento del artículo 110 CF. Si para estas dos últimas es lógica la

(67) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 173 y 180.

apreciación de oficio por los tribunales del ejercicio tardío de las acciones respectivas (trascendencia social, interés público implicado), no lo es ya que deba ser apreciada de oficio la caducidad en la rescisión o en el retracto dichos y que sea necesaria, en cambio, su alegación de parte cuando se trata de la prescripción en la resolución contractual (68). El principio dispositivo, básico para los intereses de Derecho Privado y en el proceso civil, tiene pocas excepciones en nuestro sistema jurídico, y la aquí considerada no es una de ellas ni tiene suficiente justificación.

La solución que da el nuevo texto legal es, por otro lado, más útil y pragmática, menos problemática. Asumida la distinción de referencia, importará mucho menos la discusión, no pocas veces artificial, cargada de dogmatismo, acerca de si algunas acciones prescriben o caducan (anulabilidades, revocaciones contractuales; arts. 154 CF, 28 y 378 CS). Lo mismo pasa en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha apelado en algún caso a calificar el plazo de anulación contractual de prescripción a los efectos de la decisión: la sentencia de 27 de marzo de 1987 negó, por esa razón, que el juez pueda apreciarla de oficio; y la de 27 de marzo de 1989 apreció interrupción del plazo (en un caso que puede entenderse como de ejercicio extrajudicial); cfr. también sentencia de 23 de octubre de 1989 (69).

De ahí el régimen que se establece en este artículo 122-2: apreciación de oficio (70) de la caducidad cuando afecte a derechos y relaciones jurídicas de que no pueden disponer los interesados; y necesidad de alegación por la parte interesada y legitimada en los demás casos, como ocurre en la prescripción (71).

(68) Cfr. mi trabajo «¿Apreciación de oficio de la caducidad...», *loc. cit.*, pág. 497 y sigs.

(69) Detrás de la discusión doctrinal, y también ante los tribunales, y sobre la calificación prescripción *versus* caducidad respecto de la acción de anulabilidad, redhibitoria, etc., está casi siempre el problema de la posibilidad de interrupción del plazo correspondiente —cfr. MORALES MORENO, para las acciones edilicias (*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *ad art.* 1.490, t. II, pág. 968)—. El problema se supera —y la solución es más justa— si se da a la caducidad relativa a intereses disponibles un tratamiento distinto, semejante al de la prescripción, de la que, como se ha visto, está ya tan próxima.

(70) Una observación terminológica: donde en el Proyecto de ley se decía *apreciada d'ofici* (arts. 122-2.2 y 122-3.2) dice el texto legal aprobado *tinguda en compte d'ofici* (idénticos preceptos). ¿Por qué ese cambio?: ¿por razones estrictamente lingüísticas (co-ocurrencia de estilo de filólogos)?; ¿ocurrencia o capricho del legislador? No lo sé; pero no comprendo bien el cambio, cuando la expresión *apreciar de oficio* está perfectamente acuñada jurídicamente (doctrina, jurisprudencia, LEC: art. 9, 38, 48, 58, 62...), es de uso común y no es incorrecta en el catalán jurídico.

(71) Solución que coincide con la del Código Civil italiano (también del portugués, art. 333), donde esta cuestión se aborda a la inversa para querer decir lo mismo: la caducidad no puede ser apreciada de oficio por el juez, salvo que se trate de materia sustraída a la disponibilidad de las partes (art. 2.969).

Dedica el Código Civil de Cataluña a la caducidad de estas relaciones, el artículo 122-3, que se refiere a dos cuestiones sólo: la posibilidad de suspensión del plazo (en los dos supuestos que menciona) y a la necesidad de que sea alegada por persona legitimada (legitimación no regulada para la caducidad, a diferencia de la prescripción). Aparte ambas cuestiones, y otras ya vistas (renuncia a la caducidad), plantéanse algunas no resueltas en ese precepto:

A) *Legitimación para alegar la caducidad*

En términos generales cabe considerar legitimado al sujeto pasivo de la relación jurídica afectada por la caducidad —que ya no será «la persona obligada a satisfacer la pretensión», del art. 121-5.a)—, es decir, el demandado (judicialmente) o la persona contra quien se pretende hacer efectivo el derecho potestativo o poder jurídico pertinente. En cuanto a terceros, no veo inconveniente en que puedan oponer la caducidad los perjudicados por la no oposición o por la renuncia a la caducidad del legitimado directo; o sea, igual que en la prescripción: cabe, pues, la aplicación analógica del artículo 121-5; no se olvide que estamos ante relaciones privadas y disponibles, para las que la caducidad apenas se distingue de la prescripción (cfr. de nuevo Exposición de Motivos III, 5.º).

B) *Interrupción de los plazos de caducidad*

Al referirse el artículo 122-3 a la caducidad de las relaciones jurídicas disponibles, alude sólo a la suspensión y calla en cuanto a la interrupción. Si partimos de que el régimen de la caducidad es de naturaleza imperativa, con la excepción de la suspensión por acuerdo expreso de las partes, sin alusión ni excepción en cuanto a interrupción, parece inevitable concluir, *prima facie*, que no cabe la interrupción. Mas el razonamiento y la interpretación muy ceñida a la literalidad de la norma no me convence ni siempre es sana. Cabría razonar también de este otro modo:

Tratándose de materia estrictamente privada y sometida a la libre disposición del interesado, no resulta demasiado heterodoxo, parece incluso preferible partir aquí también de la distinción asumida legalmente entre derechos disponibles e indisponibles, y someter la caducidad relativa a los primeros al mismo régimen de interrupción de la prescripción (como lo prevé respecto de la suspensión), de la que resulta ya tan próxima (72). No se comprende bien

(72) Cfr. sentencias de 25 de mayo de 1979 y 30 de mayo de 1984, sobre interrupción por acuerdo de las partes (prórroga del plazo de caducidad relativo a transporte

que quepa la interrupción de la prescripción de una pretensión de resolución contractual y no sea posible si se trata de una rescisión (por poner un ejemplo sencillo), máxime cuando se admite la suspensión por acuerdo de los interesados, que funcionalmente se aproxima más a la interrupción que a la suspensión (cfr. finalidad y causas de ésta).

Por tanto, al tener que resolver sobre una laguna legal (el Código Civil de Cataluña no trata la cuestión de la interrupción de la caducidad), y en materia donde hay un supuesto semejante y una evidente identidad de razón, no veo grave inconveniente (uso el adjetivo «grave» porque alguien puede encontrar algún inconveniente) en aplicar por analogía las normas sobre interrupción de la prescripción (arts. 121-11 y sigs. del Código Civil de Cataluña) a la caducidad.

C) *Modificabilidad de los plazos de caducidad*

He aludido a este problema al referirme a la naturaleza imperativa de las normas sobre caducidad (apartado V.3). Reitero mi posición al respecto: ¿por qué es posible la suspensión por acuerdo de las partes de la caducidad relativa a relaciones disponibles (que afecta a la duración del plazo de caducidad) y no sería posible la modificación del mismo plazo con idéntico acuerdo? El problema principal estaría en los límites, como en la prescripción; pero en el régimen de ésta puede encontrarse también la solución. Reconozco, en todo caso, que los términos del artículo 122-1.3 (imperatividad del régimen de la caducidad, con la sola excepción que contempla) es un serio obstáculo para la solución que sugiero.

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

marítimo). Recuérdese que el artículo 2.966 del Código Civil italiano admite indirectamente la interrupción de la caducidad para los derechos disponibles.

La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE) (*)

SUMARIO: I. LA DELIMITACION DEL SUPUESTO: I.1. EL SUPUESTO DE HECHO CONTEMPLADO. I.2. LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA FUSIÓN EN LA CREACIÓN DE UNA SE. LA AUTONOMÍA DE LA FIGURA DE LA FUSIÓN.—II. LA TECNICA DE REGULACION EMPLEADA: II.1. EL DERECHO DE VETO A LA PARTICIPACIÓN DE UNA SA EN LA CONSTITUCIÓN POR FUSIÓN DE UNA SE. II.2. EL MODELO DE REMISIÓN GENERAL Y LA IMPRECIÓN DEL CRITERIO DE CONEXIÓN PARA DETERMINAR LA «LEX SOCIETATIS». II.3. LA VALORACIÓN DEL MODELO Y LAS DIFICULTADES DE SU APLICACIÓN.—III. EL CONCEPTO DE FUSION PARA CONSTITUCION DE UNA SE Y LA SIGNIFICACION DE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO: III.1. EL CONCEPTO DE FUSIÓN Y SUS EFECTOS. III.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUSIÓN PARA CONSTITUCIÓN DE UNA SE.—IV. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO Y SU CONTROL: IV.1. EL «PROYECTO DE FUSIÓN»: IV.1.1. *Referencia a general a su contenido y en especial a la «relación de canje»*. IV.1.2. *El régimen aplicable*. IV.1.3. *Los informes sobre el «proyecto de fusión»*. IV.2. EL ACUERDO DE LAS JUNTAS GENERALES. IV.3. EL NEGOCIO DE FUSIÓN Y SU RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN DE LA SE.—V. LA PROTECCION DE LOS TERCEROS AJENOS A LA POSICION DE SOCIO. LA POSIBLE PROTECCION DEL ACCIONISTA MINORITARIO.—VI. EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y LA CONSTITUCION DE LA SE: VI.1. EL CONTROL DE LEGALIDAD. VI.2. LA INSCRIPCIÓN DE LA SE: VI.2.1. *El efecto constitutivo de la fusión y la posible «irregularidad» de la SE*. VI.2.2. *La eficacia sanatoria de la inscripción*.—VII. LA IMPLICACION DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCEDIMIENTO DE FUSION.

El Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Euro-

(*) Este artículo constituye parte integrante de un libro, en elaboración, sobre la Sociedad Anónima Europea, que está coordinado por Fernández del Pozo, L. / Esteban Velasco, G., y patrocinado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

pea (SE), y la Directiva 801/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Reglamento en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (Diario Oficial, núm. L 294 de 10-11-2001), son el resultado final de un proceso legislativo largo y mudable en las técnicas utilizadas (1). Este largo recorrido ha perseguido, como finalidad de carácter general, el objetivo de posibilitar una reorganización a escala comunitaria de las actividades de las empresas de los diversos Estados miembros mediante la creación de un instrumento societario que facilite al máximo la movilidad de las sociedades en el espacio intracomunitario y en el ejercicio de la libertad de establecimiento, así como realizar operaciones de reestructuración, concentración y de fusión de ámbito comunitario. Y todo ello mediante el uso de una figura de sociedad anónima de dimensión europea (*Societas Europaeae* —SE—) que posibilite prescindir para su logro de tener que recurrir a tipos societarios que estén regulados por un ordenamiento jurídico nacional concreto (considerandos 1 y 2). El citado objetivo requiere que se pueda constituir una SE permitiendo a sociedades anónimas de Estados miembros diferentes que se fusionen, como que creen una sociedad holding, o que tengan la posibilidad de crear filiales comunes (considerando 10), así como permitir que una SA pueda transformarse en aquella sin pasar por su disolución (considerando 11).

La tarea que compete a este estudio es la de analizar aquellas disposiciones del Reglamento (en adelante citado como RESE) que regulan la figura de la fusión como una de las posibles modalidades que, dentro de un elenco cerrado, son ofrecidas por el texto legal para constituir una SE (art. 2) (2). La creación de la SE mediante fusión se ofrece como un instrumento de técnica jurídica que pretende superar las dificultades de orden jurídico que presentan las fusiones transfronterizas y que se derivan de los problemas que supone una aplicación convergente de ordenamientos nacionales diversos y no siempre con un grado de homogeneidad suficiente, de la presencia de legislaciones que no la autorizan, y de las suspicacias nacionalistas que se derivan de la

(1) El proceso de construcción de la SE ha intentado construirse sobre diversos modelos de fuentes (Convenio, Reglamento, Reglamento y Directiva), como sobre diversas técnicas con las que dotarlas de contenido (desde un régimen jurídico completo hasta la regulación actual de contenido mínimo sustantivo, con frecuencia con alternativas u opciones, y una gran presencia de las legislaciones nacionales por vía remisorias directa o indirecta).

Sobre la evolución de los diferentes trabajos legislativos habidos en torno a la creación de una Sociedad Anónima Europea, vid. RIPERT/ROBLLOT, *Droit Commercial*, T. I, 16.^a édition par GERMAIN, págs. 763 y sigs., París, 1996; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, págs. 209 y sigs., Madrid, 199...; LARGO GIL, «La constitución de la sociedad anónima europea (SE). Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades», en *RdS*, núm. 18, págs. 106 y sigs.

(2) Teniendo en cuenta el que, a su vez, estas disposiciones sirven en gran parte como referencia para el régimen de otras modalidades constitutivas de la SE.

aplicación a la sociedad resultante de un concreto derecho nacional. El abordar dicho trabajo no puede obviar hacer, lógicamente, referencias de carácter necesario a otros sectores del RESE, tanto en lo que afecta a sus disposiciones generales, como en lo que se refiere a la parte general sobre constitución de una SE, en cuanto que la figura de la fusión se inserta en el sistema del marco más amplio de la constitución de una SE y en todo caso ha de hacerse en el respeto a los elementos esenciales caracterizadores del tipo.

Aunque el estudio que se lleva a cabo versa sobre el régimen de la constitución de una SE mediante fusión, no se puede tampoco prescindir de prestar la debida atención a la citada Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a «la implicación de los trabajadores» (3), y que está destinada a garantizar el que los trabajadores tengan el derecho de implicarse en las decisiones que afecten a la vida de sus SE (considerando 21). El RESE no puede entenderse, por lo tanto, sin abordar el contenido de la Directiva 2001/86/CE del Consejo (en adelante mencionada como DITSE) con la que se complementa en lo que respecta a la implicación de los trabajadores en la SE a través de la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa (art. 2.^h DITSE). El solventar como regular la inserción de la presencia de los trabajadores fue, como es sabido, uno de los mayores obstáculos para sacar adelante el estatuto de la SE, dadas las diferencias de concepción del tema en las legislaciones de los Estados miembros y en la cultura empresarial latente en sus modelos económicos. La DITSE completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en el indicado aspecto de implicación de los trabajadores (art. 1), para lo que los Estados miembros han de adoptar las disposiciones pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido en ella a más tardar el 8 de octubre de 2004, o garantizarán que, no más tarde de dicha fecha, los interlocutores sociales adopten las disposiciones necesarias por vía de acuerdo (art. 14, Disposición Final 1.^a) en consonancia con la fecha que el RESE establece para su entrada en vigor (art. 70).

Un estudio de la citada Directiva desborda ampliamente el ámbito de la fusión, pero esta última ofrece específicas peculiaridades sobre la implicación

(3) Sobre la implicación de los trabajadores en la gestión de la SE y la importancia de la resolución de su tratamiento para la viabilidad de la regulación de la SE, vid. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza: por fin la sociedad europea», en *RdS*, núm. 16, págs. 142 y sigs., y 154 y sigs.; FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», en *La Ley*, año XXIII, núm. 5465, págs. 6 y sigs.; VELASCO SAN PEDRO, «La nueva Sociedad Anónima Europea. Último hito del derecho de sociedades de la UE», en *Derecho comercial y de las Obligaciones*, año 2002, núm. 199, págs. 510 y sigs.

de los trabajadores que requiere y justifica el que aquélla se tenga presente, si bien aquí lo sea limitadamente y tan sólo en el marco de la figura de la fusión, que es el objeto específico de este trabajo. No se trata de hacer, por lo tanto, una exposición particularizada del tema de la «implicación de los trabajadores» en la SE, pero no se puede tampoco prescindir de una referencia a «la implicación de los trabajadores» en lo que tiene de necesario por su conexión específica con la fusión como modalidad para constituir una SE. El RESE no sólo exige que «no podrá registrarse ninguna SE» que no haya llegado a alguna de las soluciones que se establecen en la Directiva 2001/86/CE (art. 12.2), cualesquiera que hubiera sido la modalidad de constitución, sino que además la técnica constitutiva de la fusión presenta ciertas peculiaridades en el conjunto del sistema que la DITSE ofrece, y el propio régimen regulador de la fusión se remite expresamente a ella con carácter general (art. 23.2 RESE) y en aspectos específicos del procedimiento (art. 23.2, 26.3 RESE). En vez de proceder a una exposición del tema de forma sistemática en razón de su conexión con los diferentes aspectos de la estructura de la fusión en los que tiene presencia, nos ha parecido mejor hacerlo de forma conjunta al final del trabajo y resaltando lo que son las específicas peculiaridades que la incidencia de la implicación de los trabajadores presenta en el conjunto del procedimiento de fusión para creación de la SE.

La propia naturaleza del RESE como fuente obligatoria que es directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 70), y la técnica que utiliza para regular la fusión como modalidad para constituir una SE que mantiene en gran parte, como se analizará, la aplicación de los derechos de los Estados miembros de las sociedades que participan, lleva a que las referencias que pudiéramos hacer a nuestro ordenamiento no tengan una especial significación, salvo en concretos aspectos en los que necesariamente se requiere adecuar nuestro ordenamiento, o introducir determinadas exigencias, en el régimen de la fusión para la constitución de una SE, en razón de la imperatividad de la adopción de las disposiciones que sean pertinentes para posibilitar su entrada en vigor el 8 de octubre de 2004 (art. 70), y a lo que se hará referencia en las correspondientes notas complementarias del texto (4). En lo demás nuestro legislador aplicará el ordenamiento nacional sobre fusión de

(4) Como habrá ocasión de ir viendo, una SA participante en una fusión para constituir una SE, actuará según la legislación española en todo aquello que el RESE no regule (art. 18 RESE), si bien es cierto que esta autonomía en el régimen que le es aplicable no sea tan absoluta como pueda inicialmente parecer. La SE resultante de la fusión que tenga su domicilio social en España, se constituirá, salvo lo dispuesto en el RESE, según la legislación española de sociedades anónimas sobre fusión, aunque también con las matizaciones que se verán al respecto. Todo lo dicho lleva a prescindir de una exposición de lo que es nuestro ordenamiento en lo que no sería si no una reiteración de lo ya sabido, salvo en aquellos aspectos en los que puedan encontrarse dificultades en su relación con el régimen que el RESE ofrece.

sociedades anónimas a las SA que participen en la utilización de este procedimiento para crear una SE, si bien podrá añadir a veces determinadas opciones que el RESE posibilita pero no impone. Y hacer todo lo dicho teniendo en cuenta que podrá realizarlo manteniendo, o no, soluciones diferenciadas en función de que el régimen de fusión vaya destinado a regular una fusión nacional, internacional, o para constitución de una SE.

El contenido del presente trabajo tiene por lo tanto como finalidad, y como núcleo central, el estudio de la constitución de una SE mediante fusión en el marco del RESE (arts. 16 a 31 que componen la sección 2.^a del Título II sobre constitución de una SE), si bien se completa con las referencias a otras disposiciones del RESE o de la DITSE que se estimen necesarias para una mejor y más completa comprensión de la figura.

El examen del régimen del articulado para regular el procedimiento de fusión como una de las posibles modalidades que el Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), ofrece para constituir una Sociedad Anónima Europea (SE), presenta diversos aspectos a la hora de abordar su análisis. Son todos ellos aspectos que, aunque diferenciables, están íntimamente conexos.

Se hace preciso, en primer lugar, delimitar el supuesto de hecho contemplado por el RESE como «fusión para constituir una SE» a fin de circunscribir con claridad cuál es el ámbito de aplicación del mencionado texto legal. En segundo lugar, se requiere explicar cuál ha sido el método elegido por el legislador comunitario para regular la figura, ya que de la opción adoptada se presentan problemas de no siempre fácil solución. Y, finalmente, se hace necesario proceder al análisis del régimen concreto con el que se ha regulado la figura de la «fusión» como técnica para constituir una SE, intentando fijar su concepto y organizar la estructura con la que se presenta el proceso en el que se desenvuelve y estudiar el significado de sus efectos.

La reciente «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», de 16 de mayo de 2002, en adelante PCSM, ha dedicado parte de su contenido al régimen de la SE, con la finalidad de incluir las normas legales necesarias para la aplicación efectiva del RESE y en cumplimiento del mandato que éste establece (art. 68). La PCSM dedica su Libro VIII a la sociedad anónima europea domiciliada en España, y, dentro de él, su Título II a «la constitución» (arts. 646 a 655) que contempla el supuesto de que la constitución de la SE se realice mediante una fusión (arts. 647 a 651). Simultáneamente ha introducido una propuesta de tratamiento de la fusión nacional de sociedades aplicable con carácter general a todas las sociedades mercantiles inscritas, si bien exista referencias específicas adecuadas a las características de los posibles tipos societarios intervinientes (Libro V, Título III, arts. 522 a 543). A las novedades introducidas se irá haciendo referencia en las notas correspondientes al tema de que se trate, como, de forma similar, se hará con la legislación nacional cuando se considera que es oportuno, a fin de ofrecer una mejor comprensión del RESE y de los problemas que plantea su inserción con nuestro ordenamiento.

I. LA DELIMITACION DEL SUPUESTO

La constitución de una SE mediante un procedimiento de fusión es una de las diversas modalidades contempladas por el RESE dentro de un *numerus clausus* de figuras instrumentales que se arbitran en su seno para posibilitar su constitución (arts. 1 y 2.1); si bien es cierto que en las otras alternativas, aunque también se hable de constitución de una SE, ésta viene además calificada como SE holding, como SE filial, o como SE por transformación. Lo que el RESE no contempla es lo que sería el supuesto de constitución ordinaria para la creación de esta nueva figura que es la SE.

La anterior afirmación de considerar a la fusión como una modalidad de constitución de una SE, requiere, no obstante el término utilizado, una aclaración previa del supuesto de hecho constitutivo al que el RESE menciona como «fusión por constitución», y cuyo régimen ubica, en consecuencia con su calificación, en el Título 2 sobre «constitución», y dentro de la Sección 2, cuya denominación es la de «Constitución de una SE mediante fusión» (arts. 17 a 31). La delimitación del supuesto de hecho hará después necesario el precisar cual sea el alcance real que pueda tener la aplicación de la técnica de la constitución en su sentido estricto al proceso de fusión cuando mediante éste lo que se quiere es crear además una SE.

I.1. EL SUPUESTO DE HECHO CONTEMPLADO

Es evidente que el RESE, por su propia finalidad, es ajeno por completo a lo que sería la configuración de un régimen jurídico que incidiera directamente en el ámbito de lo que sería la regulación de una fusión nacional; así como también es extraño a lo que serían fusiones transfronterizas en sentido estricto, por no perseguir, ni conllevar como resultado, la constitución de una SA con la nacionalidad de alguno de los estados miembros de la UE, o la absorción por parte de una SA de alguno de los Estados miembros de SA de otros estados. Las fusiones de carácter nacional y las transfronterizas, aunque se produzcan entre sociedades de la UE, son pues figuras ajenas al RESE, que sólo contempla la fusión como una técnica de creación de una SE diferenciada de aquéllas (5).

(5) Conviene recordar los esfuerzos realizados en el seno de la CEE en torno a la elaboración de un Proyecto de Convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas, que dio lugar a una propuesta del año 1973, pero que la Comisión relegó al optar por la técnica de la Directiva. El resultado de este intento posterior fue la propuesta de X Directiva sobre fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, de 14 de enero de 1985, hecha por la Comisión al Consejo, y que permanece paralizada. SÁNCHEZ CALERO propuso la elaboración de un régimen de las fusiones intracomunitarias mediante la téc-

Lo que el RESE contempla es un específico régimen de fusión cuya finalidad es crear una SE como una sociedad anónima de dimensión europea, sobre cuya mercantilidad nada se dice y en cuyo proceso intervienen únicamente sociedades anónimas que están sujetas, al menos dos de ellas, a ordenamientos de diferentes Estados comunitarios (art. 2.1; Anexo I). Ha quedado excluida la posible intervención de otros tipos societarios probablemente en razón de las dificultades que se derivarían de una mayor disparidad de su tratamiento en las diversas legislaciones comunitarias, y también del hecho de que es en torno a las SA donde se ha producido una mayor aproximación en el régimen de la fusión a raíz de la III Directiva sobre fusiones, así como por haberse pensado que la presencia de las SA era claramente la predominante en el tráfico intracomunitario. Es cierto, no obstante, que no ha sido ésta la solución adoptada para todas las modalidades de constitución de una SE (art. 2), posibilitando en ellas la participación de otros tipos societarios e incluso de personas jurídicas no societarias. La decisión tomada es, sin embargo, cuestionable, ya que una observación de la actual realidad económica pone de relieve la presencia cada vez más importante de las sociedades de responsabilidad limitada en el espacio comunitario como un tipo de sociedad de capital crecientemente operativo, y la importancia de la protección que desde los años 1990 se está otorgando a la pequeña empresa para su actuación en el mercado único interior (Recomendaciones de la Comisión de 22/4/96 y actuaciones de desarrollo). El hecho de haberse centrado la fusión para la constitución de la Sociedad Europea en torno al tipo de sociedad anónima supone una cierta dificultad para su utilización por organizaciones empresariales de carácter cerrado, y también el desconocimiento del hecho de que ella no cumple siempre la misma función en los diversos ordenamientos de los diversos Estados miembros, como el ignorar que en alguno de ellos su función puede adaptarse a la de otros tipos societarios. En todo caso, es verdad que la exigencia de una cifra mínima de capital para la SE de 120.000 euros (art. 4) no es tan significativa como para poder hablar de la exclusión de las medianas empresas en la utilización de la fusión como una vía para su posible reestructuración mediante la constitución de una SE. Y todo ello sin olvidar la incongruencia que representa la mencionada exigencia con la posible presencia como socios de la SE resultante de la fusión, sea en el momento inicial de su constitución o con posterioridad, de otros tipos societarios, incluso

nica del Reglamento, a fin de «garantizar la unidad de régimen» de dichas fusiones. La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de Sociedades Anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas conforme al Derecho Español. Noticias CEE, núm. 55-56, pág. 64. Sobre la evolución del proceso legislativo comunitario en torno a las fusiones transfronterizas, vid. PÉREZ TROYA, *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Madrid, 1998, págs. 88 y sigs.

como socio único, que podrían ser estatutariamente admitidos como miembros de alguno de los órganos de la SE, salvo que dispusiese lo contrario la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde aquella esté domiciliada (art. 47.1), y para los cuales es además ajena la exigencia de determinados vínculos con la UE.

El RESE no tiene tampoco un régimen de la fusión, estrictamente dicho, que regule cuál ha de ser el comportamiento de una SE ya existente cuando interviene en un proceso de fusión nacional o internacional, sea como sociedad absorbida sea, en su caso, como sociedad absorbente, y que en otras propuestas de estatuto de la SE sí se contemplaron (se reguló con enorme detalle en la propuesta presentada por la Comisión en 1970 y posteriormente modificada en 1975 —arts. 269 a 274—, y de forma más restringida en la propuesta de Reglamento de 25 de agosto de 1989 —arts. 131 y 132—). En todo lo que no sea una fusión que tenga por finalidad crear una SE, el RESE carece de un régimen de fusión en sentido estricto.

La participación de una SE en una fusión nacional quedaría sometida al régimen del procedimiento de fusión del Estado en el que está domiciliada (art. 10), si bien su funcionamiento haya de contemplarse inserto en el régimen de fuentes que el RESE establece para las SE (art. 9). En un procedimiento de fusión nacional, la participación de una SE ya constituida se registraría, por lo tanto, siguiendo el sistema de fuentes del RESE (art. 9) en aquellos aspectos que él regula con respecto al régimen interno de funcionamiento y a la propia estructura tipológica de la SE, pero en el marco jurídico que el Estado miembro establece para una fusión interna, puesto que «la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social» (art. 10).

En lo que se refiere a su posible participación en fusiones transfronterizas, se seguirían planteando el problema de su admisibilidad con respecto a sociedades pertenecientes a Estados cuyos ordenamientos no contemplasen tal posibilidad, o que tuvieran procedimientos de fusión de estructura muy diferente entre sí (al margen de las controversias sobre si el método aplicable más oportuno a tal fin es el de la aplicación convergente de todos los ordenamientos afectados o el de una solución conflictual). La dificultad en orden a la regulación de las fusiones transfronterizas (6) se sigue planteando conceptualmente

(6) La ausencia de normas nacionales que regulen la fusión internacional en muchos Estados, las dificultades que presentan al respecto algunas de ellas, al igual que también las divergencias existentes entre los diferentes ordenamientos, hace enormemente difíciles las fusiones transfronterizas incluso en el ámbito de la UE. KRONKE mantuvo, ante las dificultades que ofrecía el ordenamiento alemán para realizar una fusión internacional, la posibilidad de su consecución mediante el sometimiento de cada sociedad participante a su legislación nacional. ZHGR, 1994, 35 (Recogido por AMBROSIANI, «Società Europea

en la UE ante la falta de una concreta normativa comunitaria al respecto (Exposición de Motivos, núms. 3 y 4), si bien sea de manera mucho más atenuada al existir una armonización de las diversas legislaciones como consecuencia de su adaptación a la III Directiva 78/855/CEE, sobre fusiones de sociedades anónimas (7). En todo caso el RESE lo que regula es un supuesto diferente de lo que constituye una fusión estrictamente calificable como transfronteriza en cuanto que no se crea una nueva sociedad, o se modifica algún elemento estructural de una ya existente, pero que permanece con su tipo, y en todo caso con propia nacionalidad estatal que determina el régimen aplicable.

Lo que en el ámbito del RESE se constituye mediante una fusión, es una sociedad que carece de una estricta nacionalidad estatal, aunque en determinados aspectos se le aplique el ordenamiento del Estado en el que está domiciliada en función del régimen de fuentes que el RESE establece para ella (art. 9); y para ello se recurre a un procedimiento de fusión que el RESE regula y para el que también existe, como se examinará, un específico sistema de fuentes aplicable (art. 18).

En los ordenamientos nacionales podrán coexistir así regímenes diferenciados, según se trate de una fusión interna, de una fusión transfronteriza o de una fusión para constitución de una SE. La elección entre una fusión transfronteriza en el seno de la UE o una fusión para crear una SE queda a la libre elección de las empresas que participan; si bien parece que la existencia de un régimen concreto de fusión que prácticamente mantiene la aplicación de sus ordenamientos nacionales a las sociedades anónimas que participan, y la no quiebra excesiva del ordenamiento nacional en el nuevo

e fusione internacionales», en *Le Societá*, núm. 11/2002, pág. 1352 en la nota 15. VAÑO VAÑO señaló la necesidad, para poder realizar una fusión internacional, de preceptos que lo permitieran, o por lo menos que no lo prohibieran. «Fusiones transfronterizas en la Unión Europea», en *RGD*, núm. 609, año 1995, págs. 7085 y sigs. Sobre la viabilidad de las fusiones transfronterizas en las que participen SA españolas y el régimen que les es aplicable, vid., como última aportación doctrinal, el completo trabajo de SÁNCHEZ RUS sobre «La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español» en la obra sobre *Las operaciones societarias de modificación estructural*. AA.VV., págs. 141-209, Valencia, 2001. El autor parte de la exigencia para hacer posible una fusión internacional, de que lo permitan las leyes nacionales de todas las sociedades implicadas, que exista entre ellas una compatibilidad de principios en torno a la institución, y que se efectúe mediante la aplicación acumulativa de los requisitos de todas ellas cuando se hace necesario un comportamiento conjunto. La documentación del proyecto de fusión de Darmat, S. A. (española) por Belmart, S. A. (francesa) que detentaba el 100 por 100 de aquélla, puede verse en FERNÁNDEZ DEL POZO, «Documentación de absorción transfronteriza. Absorción de filial española», en *RGD*, núm. 609, año 1995, págs. 7085 y sigs.

(7) TAPIA HERMIDA basa en gran parte en este hecho, el éxito de la posibilidad de la fusión entre SARRIO, S. A. y RENO DE MEDICI, SpA, «Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del Derecho español», en *RdS*, núm. 12, año 1999/01, págs. 137 y sigs.

régimen que le ha de ser aplicado a la SE, una vez constituida, inclinará por la utilización del RESE a pesar de las inseguridades que el mismo plantea, sobre todo en los supuestos en los que los ordenamientos a los que estén sujetas las SA que se fusionan planteen graves divergencias de identidad sobre las respectivas regulaciones que hagan de la fusión. Se ha afirmado también acertadamente que el RESE «puede servir como referente hermenéutico» para cubrir las lagunas del derecho positivo que discipline la vía nacional de regulación de las fusiones internas (8).

El RESE lo que contempla es específicamente, por lo tanto, el procedimiento de creación de una SE mediante fusión, independientemente del tratamiento dado a otras posibles modalidades de creación (art. 2), en el que participen SA ya constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, siempre que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, y que «al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes» (art. 2.1) en lo que es el respeto al principio de estricta pluralidad de nacionalidades (Das strenge Prinzip der Mehrstaatlichkeit). No se aborda el problema en torno a la posible participación en el proceso de SA en estado de liquidación, que dependerá así de las concretas legislaciones a las que están sometidas las sociedades participantes en virtud de la posibilidad que a tal efecto les concede la III Directiva (art. 3.2), o si expresamente lo regulan únicamente a efectos de la fusión para constitución de una SE (9).

Los términos literales del RESE al limitar inicialmente a las SA la posibilidad de participar en una fusión constitutiva de una SE (art. 2) requiere despejar la cuestión de si una SE ya existente puede participar en el proceso de creación de una SE, o, lo que es más incierto todavía, si el procedimiento previsto es aplicable a fusiones por absorción en el que, participando SA vinculadas a diferentes estados comunitarios, la sociedad absorbente sea ya una SE existente, en cuanto que en este caso el resultado final no es estrictamente la creación de una SE. No hay duda de que el modelo de frecuencia pensado por el legislador descansa sobre la fusión de SA, como se desprende de la lectura de sus «considerandos» (considerando 10), y de sus preceptos cuando indican literalmente que «las sociedades anónimas que figuren en el anexo I... podrán constituir una SE mediante fusión...» (art. 2.1), o bien cuando indirectamente expresan esta idea al hacer referencia sólo a este tipo de sociedades (por ejemplo, el art. 29.3). No obstante lo dicho, se entiende sin

(8) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero/febrero 2002, núm. 217, pág. 9.

(9) SAGASTI señala que «en la constitución de una Societas Europaeae resulta irrelevante el hecho de que la sociedad constituyente se halle inmersa en un procedimiento de reestructuración...», *ob. cit.*, pág. 136.

lugar a duda alguna que se admite la presencia de SE ya existentes en el procedimiento de fusión, en cuanto que el RESE considera que a efectos de constitución de una SE mediante cualquiera de las modalidades previstas, una SE es una SA regulada por el ordenamiento del Estado miembro en el que tenga su domicilio social (art. 3.1). Se establece por lo tanto indirectamente que una SE está legitimada para participar en el procedimiento de fusión contemplado por el RESE, tanto si actúan como sociedades absorbidas como si lo hacen como sociedad absorbente, y aunque en este caso no se esté produciendo la creación de una SE, estrictamente hablando, pero sí la finalidad de concentración en base a una fusión que tiene su resultado en base a una SE. No hay duda pues de que, aunque el modelo prototipo pensado por el legislador comunitario descansa sobre la fusión de SA de diferentes nacionalidades, se admite también por el RESE la presencia de SE ya existentes en una fusión para la constitución de una SE, que estarían sujetas al régimen nacional de fusión de sociedades anónimas del Estado miembro en el que tengan su domicilio social (art. 3.1), y que esta participación sería factible incluso en el caso de que sólo intervinieran ellas sin participación de ninguna SA.

No se encuentra dificultad lógica alguna en admitir que una SE pueda participar en la creación por fusión de otra SE; pareciendo además lo más adecuado, incluso para el caso de que sólo participaran SE ya existentes o que la SE absorbente fuera una SE ya constituida, puesto que lo contrario supondría el absurdo de tener que recurrir a las dificultades de una fusión internacional para conseguir la misma finalidad que el régimen de fusión previsto en el Reglamento posibilita de forma mucho más sencilla (10), o a su previa transformación en una SA (art. 66). Lo que se ha querido decir por el legislador es simplemente que una SE puede participar en la constitución de otra SE, y que a estos efectos se considera una sociedad anónima a la que se aplicará el régimen de la modalidad de creación de que se trate (en este caso el de fusión) que sea el propio del ordenamiento del Estado en el que está domiciliada, salvo en aquellos aspectos que el presente Reglamento contemple al efecto.

La interpretación del citado precepto (art. 3.1 RESE) puede ofrecer, a primera vista, alguna incertidumbre con respecto a si lo que ha querido decir es también que una SE constituida se habrá de regir por el ordenamiento en el que está domiciliada cuando participa en una fusión. El mantener esta interpretación no es tampoco sistemáticamente admisible, ya que el sistema de fuentes que establece el RESE para la SE (art. 9) se le aplica también,

(10) Esta ha sido la posición que se ha mantenido expresamente en anteriores propuestas de Reglamento de la SE (por ejemplo, la propuesta de 25 de agosto de 1989 —arts. 131 y 132—).

lógicamente, aun cuando esté participando en una fusión, y aquél está lejos de considerar que una SE ya constituida se «considera una sociedad anónima que se regula por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio» (art. 3). Todo lo cual no se contradice con lo que se establece en concreto a efectos de estructurar el sistema de fuentes que sirve para configurar cuál es el régimen aplicable a las sociedades participantes en la fusión para creación de una SE, indicando que en lo no regulado se les aplicarán las disposiciones del ordenamiento jurídico del que dependan, puesto que está pensando en el supuesto de participación exclusiva de SA (art. 18 RESE).

Con independencia de las ya mencionadas exigencias que son requeridas a las sociedades participantes en la constitución de una SE mediante fusión (art. 2.1), el RESE posibilita que los Estados miembros admitan en sus ordenamientos que participe también una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad, siempre y cuando esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio en él y mantenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro (art. 2.5). Lo que habrá de interpretarse con arreglo a los principios establecidos en el Programa general de 18 de diciembre de 1962 para la Supresión de las Restricciones a la Libertad de Establecimiento en la UE, en el entendimiento de que «dicha vinculación existe en particular si una sociedad tiene un establecimiento en dicho Estado miembro y realiza operaciones desde el mismo» (Considerando 23) (11).

I.2. LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA FUSIÓN EN LA CREACIÓN DE UNA SE. LA AUTONOMÍA DE LA FIGURA DE LA FUSIÓN

Una vez precisado el supuesto contemplado por el RESE con respecto a la figura de la fusión, se hacen necesarias algunas matizaciones en torno a la consideración de la creación por fusión de una SE como una modalidad de constitución de una sociedad anónima europea, a fin de poder delimitar el alcance que tal afirmación lleva consigo en relación con el contenido técnico-jurídico de dicho término. En primer lugar, es preciso constatar que ante las dos modalidades existentes de fusión (por absorción y por constitución) que el Reglamento reconoce (art. 17), es sólo con respecto a esta última donde se puede en puridad hablar de constitución de una nueva sociedad (12). La fusión por ab-

(11) Esta posibilidad ha sido recogida por la PCSM en relación con la constitución de una SE que se ha de domiciliar en territorio español (art. 646).

(12) Se considera un acierto la inclusión de la modalidad de la fusión por absorción para constituir una SE y que no constaba en proyectos anteriores a pesar de ser la modalidad más común de fusión transfronteriza.

sorción es, en su caso, una modificación estructural de una sociedad ya existente. Lo que sucede en esta modalidad es que, técnicamente hablando, una sociedad anónima ya existente absorbe a otra u otras sociedades anónimas que dejan de existir, a la vez que modifica su tipo, salvo que ya fuera una SE y aunque el legislador no parezca haber recapacitado en ello cuando indica que «en caso de fusión por absorción adoptará la forma de SE simultáneamente a la fusión»; mientras que sí que «en caso de fusión por constitución de una nueva sociedad, la SE será la nueva sociedad» (art. 17.2.b), produciéndose el nacimiento de una sociedad que antes no existía. Admitir que la fusión por absorción es una modalidad de constitución de una SE es una retórica legal con la que se difumina todavía más el rigor jurídico del término «constitución», si es que la sociedad absorbente era ya una SE constituida con anterioridad. Pero es que además, ni siquiera en el caso de que la fusión sea por constitución puede hablarse, sin más precisión, de que se está ante una constitución de sociedad, ya que ésta figura tiene una estructura dogmática propia y diferenciada de la que soporta la fusión por constitución, y no se puede, por lo tanto, pretender una aplicación mimética y acrítica a la fusión por constitución ni del régimen, ni de los institutos jurídicos que se contemplan en el esquema paradigmático de constitución de una sociedad (por ejemplo, ni los otorgantes son los mismos, ni la técnica de aportación ni de control de lo aportado tienen por qué ser semejantes ni aplicarse de forma superpuesta, etc.). Todo lo cual tiene una especial trascendencia a la hora de abordar su tratamiento antes de su inscripción y de cual sea el régimen de las consecuencias derivadas de su calificación (por ejemplo, ni el tratamiento del proceso de creación de la sociedad o de su incumplimiento —las sociedades en formación y las sociedades irregulares— es equiparable en ambos casos, ni evidentemente tampoco lo es el posible régimen de nulidad).

La fusión en alguna de sus modalidades (fusión para constitución de una SE) tiene como resultado la creación de una nueva sociedad, que no lo es cuando simplemente se produce la fusión por absorción para crear una SE, pero conceptualmente hablando no es, en ninguno de los casos, en puridad una constitución de sociedad, y ni siquiera cuando se trata de una fusión por constitución se puede decir, acriticamente, que está sometida a las exigencias técnico-jurídicas que conforman aquélla. La fusión tiene sus propias normas ordenadoras, diversas en muchos aspectos de las propias de la constitución de una sociedad y a las que con frecuencia sustituye o desplaza, por lo que constituye otra técnica de creación de sociedades diversas de la constitución en su sentido estricto y que, por lo tanto, desplaza lo que pudiera ser una aplicación mimética de este régimen en muchos de sus aspectos (13).

(13) Sobre la relación entre la fusión por constitución y la constitución ordinaria, ver del autor de este trabajo: «La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por

La consecuencia práctica de las anteriores precisiones reside, en primer lugar, en la necesidad de ponderar el contenido del RESE cuando considera que la creación de un SE por fusión es, al igual que las otras modalidades que contempla para ello, una constitución de sociedad (art. 2, Sección Segunda —art. 17 y sigs.—), a fin de valorar cual sea el alcance que, al respecto, tiene la afirmación de que «salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SE se registrará por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en el que la SE fije su domicilio social» (art. 15.1). Esta afirmación del legislador no debe de entenderse, al hablar de la fusión, en el sentido de pretender una aplicación sin más del régimen general de constitución de sociedades anónimas del domicilio de la SE en todo aquello que el RESE no contemple con respecto a la constitución por fusión, sino que más bien exige ser interpretada en el sentido de entender que los elementos constitutivos y organizativos del tipo de la SE con el que ésta aparece de nuevo, como consecuencia de la fusión, en el mundo jurídico, han de ser los propios del concreto modelo normativo estatal, salvo en lo que el RESE haya contemplado. Este sentido se corrobora cuando al contemplar la exigencia del RESE en torno al control final de la legalidad del procedimiento de la fusión, se expresa que la autoridad que lo lleva a cabo «también comprobará que la constitución de la SE se ajuste a las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro del domicilio social, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 (art. 26.4). De forma que en lo que se refiere a la constitución de la SE mediante una fusión, a lo que estrictamente hablando constituye el proceso de su nacimiento al mundo jurídico como tal, el RESE ofrece su propio procedimiento que desplaza al de constitución que pueda ofrecer el ordenamiento del Estado en el que la SE fija su domicilio social y que, como se examinará, también incluye el pertinente sistema de fuentes en lo que se refiere a su relación con los ordenamientos a los que están sujetas las diversas sociedades participantes en la fusión para creación de la SE (art. 18). El juego de fuentes y la diversa naturaleza de una constitución y una fusión lleva a que ésta tenga sus propias técnicas diferenciadas de lo que es una constitución de sociedad en sentido estricto y que las desplace, de forma que, a veces, imposibilite su aplicación como consecuencia de obedecer a técnicas jurídicas diferentes, y que otras, sin embargo, el régimen de la constitución de sociedades entre en juego en todo aquello en lo que exista una identidad de razón cuando la fusión tiene como resultado una nueva sociedad.

Esta consideración en torno a la diferenciación entre constitución en sentido estricto y la fusión como modalidad de constitución de una SE permite también, en segundo lugar, reforzar la idea de que no hay intención expresa

creación de una nueva sociedad», en *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. I, La fundación, pág. 929.

en el legislador de considerar a la constitución de una SE mediante fusión como un instrumento no aplicable a la absorción por una SE ya existente de otras SA o SE, a pesar de que los términos del RESE parezcan pronunciarse en sentido restrictivo al expresar literalmente que «en caso de fusión por absorción, la sociedad absorbente adoptará la forma de SE simultáneamente a la fusión» (art. 17.2), en lo que parece no pretender contemplar el hecho de que la sociedad absorbente fuera ya una SE. Es cierto que el legislador ha tenido como referente el modelo de una fusión por absorción con la finalidad de dar nacimiento a una SE, pero entendemos que sin que se haya pretendido excluir la participación de otra SE en el proceso, ya sea estando presente como sociedad absorbente o sea como sociedad absorbida. El RESE lo que pretende es posibilitar un proceso de concentración a través de la técnica jurídica de la fusión (Exposición de Motivos, núm. 2), siempre que ésta tenga como resultado una SE, pero no el hacer posible entender que quede fuera de su ámbito de aplicación una fusión por absorción en la que la sociedad absorbente sea ya una SE existente en función de identificar la constitución de una SE por fusión con lo que sería constituir una SE en su sentido estricto (evidentemente no lo es cuando se trata de fusión por absorción). No permite sostenerlo, en consecuencia con lo dicho, ni la finalidad perseguida por el legislador de concentración bajo un nuevo tipo societario comunitario, ni la peculiaridad de la fusión como técnica jurídica utilizada diferenciada de la constitución, ni la propia interpretación de sus preceptos que a efectos de una fusión para constituir una SE, considera que una SE ya existente es una SA regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social (art. 3.1).

Lo que realmente existe es la creación de una SE, ya valiéndose del proceso de fusión por constitución por el que se da vida a una SE que antes no existía ni siquiera como sociedad con un tipo diferente, sea ya por la vía de la absorción de SA por parte de una SA que ya existía y que ahora adopta además la forma de SE simultáneamente a la fusión —salvo que ya fuera una SE— (art. 17.2). En cualquiera de los supuestos, a los socios, acreedores y trabajadores de las sociedades que se extinguen, se les sitúa frente a un nuevo tipo, que ahora es la SE, y con ello les puede también variar el domicilio que tenían de referencia y la nacionalidad de las SA a las que estaban vinculadas, porque la SE resultante adquiere además lo que podríamos llamar una nacionalidad mixta «nacional/comunitaria» (14). Todo lo cual, cambio de tipo, domicilio y de nacionalidad, lleva a plantearse si a las cautelas propias de amparo que los procedimientos de fusión establecen en sus ordenamientos, habrían de añadirse las que existen cuando se presente una modificación del

(14) LARGO GIL habla de una «europeización» de la SE y de su consideración «como un híbrido de sociedad nacional-supranacional», *ob. cit.*, pág. 122.

tipo o del domicilio al extranjero. El entendimiento de la fusión como un instituto autónomo, con sus propias reglas de tutela de los diversos intereses que se pueden ver afectados, inclina a descartar la necesaria aplicación simultánea de otras técnicas tutelares en los que el supuesto para el que están expresamente configuradas pueda verse también afectado por la fusión para crear la SE (se estima así que no serían aplicables las protecciones propias de una modificación del tipo, ni del domicilio); máxime si se contempla el RESE como un texto legal que contempla un supuesto específico de fusión dirigido a una finalidad muy concreta y cuyos silencios han de tender a ser interpretados más como silencios expresamente queridos que como verdaderas lagunas. El juego del entendimiento de la fusión como una institución autónoma, así como la consideración del sistema de fuentes que el RESE establece, conduce a una interpretación restrictiva de la aplicación de la tutela de intereses contemplados por las legislaciones nacionales de las sociedades intervinientes que provenga de institutos ajenos a la propia fusión. Y es en este sentido en el que creemos que inicialmente debe de ser interpretado restrictivamente el RESE cuando afirma que «en las materias no reguladas... o, cuando una materia lo esté parcialmente, para todos los aspectos no cubiertos por ella, toda sociedad que participe en la constitución de una SE por medio de fusión estará sometida a las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado... que sea aplicable a las fusiones de sociedades...» (art. 18). Sobre el tema se volverá de forma más concreta al examinar «la posible protección del accionista minoritario».

La fusión en el RESE es, en definitiva, la utilización del procedimiento de fusión como una específica técnica jurídica útil para posibilitar la creación de una SE, y junto a la que coexisten otras modalidades; constituyendo todas ellas un elenco cerrado de posibilidades de nacimiento de una SE, que tienen sus propios procedimientos, y que sólo en algún caso sí que nos coloca ante una constitución de sociedades en sentido estricto, pero con la peculiaridad de que el resultado es siempre una SE que ha de tener su administración y domicilio en el mismo Estado miembro (art. 7), si bien esta exigencia pueda ser revisada en el futuro (art. 69.a). El RESE contempla diversas modalidades para constituir una SE y entre ellas la fusión (art. 2), pero es probable que sólo pueda hablarse de una constitución de sociedad en su sentido estricto cuando se trata de la constitución de una SE filial, quedando en todo caso vedada la constitución de una SE por personas físicas (15).

(15) En este sentido, LARGO GIL manifiesta que «estas opciones no pueden ser consideradas estrictamente, técnicas jurídicas para la fundación o la constitución de una sociedad. La constitución...», *ob. cit.*, pág. 113. Lo que fue indicado por mí mismo en relación con la fusión, aunque referido a la Propuesta de Reglamento de 1989, en «La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad en Derecho de Sociedades Anónimas», T. I, La fundación, pág. 929.

El supuesto contemplado es, por lo tanto, el de creación de una SE por la vía del procedimiento de la fusión (en cualquiera de sus modalidades), en el que participan SE o SA, sea como sociedades absorbidas o en función de sociedad absorbente, siempre que, habiendo sido constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tengan su domicilio social y administración central en la Comunidad, y que al menos dos de ellas estén sujetas a ordenamientos de Estados diferentes (art. 2.1). Se ha seguido un criterio jurídico de vinculación (domicilio y administración) complementario del principio de «pluralidad de nacionalidades», al margen de cual sea la función que cumplan en la asignación de la nacionalidad (del ordenamiento que les sea aplicable) a las SA participantes, aunque los Estados puedan flexibilizarlo mediante la admisión por cualquiera de ellos en su ordenamiento de que una SA, constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio en él, pueda participar en la creación de una SE aunque no tenga la administración central en la Comunidad si es que tiene una «vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro» (art. 2.º-5; Exposición de Motivos, núm. 23).

II. LA TECNICA DE LA REGULACION EMPLEADA

El RESE establece, en consecuencia con lo dicho, un régimen de fusión para constituir una SE al que pueden acogerse las SA de los diversos Estados comunitarios que reúnan los criterios de vinculación expresados y, también, en su caso, las SE ya existentes que han de recibir en cada Estado miembro el mismo trato que una SA ya constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social (art. 10).

II.1. EL DERECHO DE VETO A LA PARTICIPACIÓN DE UNA SA

El sistema de utilización del Reglamento como la fuente comunitaria para la regulación de la SE, ha supuesto la configuración de un peculiar régimen de fusión para crear una SE que es de aplicación directa e inmediata en todos los Estados miembros expresados (art. 70), si bien éstos podrán establecer en sus ordenamientos una norma de salvaguardia que posibilite el que una autoridad, competente al respecto, puede oponerse a la participación en dicho proceso de una sociedad sujeta a su ordenamiento (art. 19), por razones de «interés público», y siempre que dicha decisión sea judicialmente recurrible. La resistencia de los Estados a la admisión sin trabas del principio de libertad de establecimiento para

las sociedades encuentra en este lugar su último refugio de resistencia numantina (16).

Este posible derecho de veto de los Estados miembros está limitado en su recepción por las legislaciones nacionales que voluntariamente quieran contemplarlo a diversas exigencias que condicionan su aplicación. En primer lugar ha de estar expresamente recogido en el ordenamiento del Estado de que se trate de forma reglada en lo que se refiere a la determinación de cual sea la autoridad competente para oponerse, cuyo régimen puede también, si se estima oportuno, circunscribir cual sea el ámbito de actuación de esas competencias que en todo caso ha de respetar la exigencia de que las causas que posibiliten su ejercicio han de tener su fundamento en razones de interés público. Todo ello con la exigencia añadida de que tanto el incumplimiento del procedimiento denegatorio arbitrado, como la existencia de causa de denegación insuficientemente justificada, permitan recurrir dicha oposición por la vía judicial. La presencia de este derecho de veto requeriría, por lo tanto, de las correspondientes disposiciones legales nacionales con las cautelas pertinentes, si bien su introducción lo sea con carácter opcional para los Estados.

A pesar de las garantías exigidas, no cabe duda de que la imprecisión e indeterminación de los conceptos jurídicos empleados (razones de interés público) deja abierta una cierta inseguridad jurídica en torno al contenido y significado de «interés público» en su relación con el concepto de «orden público» y con cuales sean los límites para evitar un excesivo constreñimiento a la libertad de empresa, que la tutela judicial no elimina totalmente si bien constituye un límite general frente a lo que sería la mera actitud discrecional de la administración pertinente. En todo caso, tanto la actuación administrativa como la judicial requerirán ponderarse con la ya importante jurisprudencia comunitaria existente al respecto en lo que se refiere a las causas admisibles como soportes de un interés público, y en torno a los principios sobre los que han de aplicarse (neutralidad, necesidad, proporcionalidad, etc.) (17). Y esto, al margen de que se eche de menos, a tal fin, la existencia en el RESE de un procedimiento de comunicación entre la autoridad y las sociedades afectadas que permita el ejercicio por aquella de una posible oposición. Este procedimiento podría tener su marco en el ámbito de competencias de las autoridades vigilantes de los procesos de concentración y de defensa de la competencia, y en todo caso debería de tener su adecuada articulación con las autoridades encargadas del control calificador del procedimiento de fusión. Un tema diverso sería el de la posible incidencia de los sistemas de control

(16) Al igual que se manifiesta en relación con el traslado de domicilio de una SE ya constituida que suponga un cambio de la legislación aplicable (art. 8.14).

(17) Vid. VELASCO SAN PEDRO/SÁNCHEZ FELIPE, «La libertad de establecimiento de las sociedades de la UE», en *RdS*, año 2002-2, pág. 35 y sigs.

de concentración de empresas (nacional y comunitarios) en la permisibilidad y autorización de concentraciones mediante fusiones con resultado de SE.

En segundo lugar, existe una limitación temporal al ejercicio de la oposición por parte del Estado pertinente en cuanto que aquélla sólo puede ser llevada a cabo antes de que se haya expedido el oportuno certificado que acredita «de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión» por parte de la sociedad afectada (art. 25.2). Se trata en definitiva de considerar que la calificación positiva que el citado documento acredita deje abierta definitivamente la posibilidad de continuar el procedimiento de fusión, posibilitando que en base a él se efectúe un mero control formal de calificación y que se evite el que la autoridad encargada de la calificación final de la fusión y constitución de la SE pueda tener ya la mínima duda con respecto a la legalidad de lo actuado por cada una de las sociedades que lo aportan y a la posibilidad de su participación (art. 26). La oposición del Estado a la participación en la fusión de una sociedad sujeta a su ordenamiento significa en definitiva un impedimento para la obtención del oportuno certificado que justifica la necesidad de arbitrar las, ya mencionadas, correspondientes medidas de comunicación con la autoridad correspondiente y las que posibiliten su reflejo en el correspondiente sistema calificador y en, su caso, de publicidad registral.

En tercer lugar, es conveniente despejar la duda que podría surgir con respecto al alcance de la comprensión sobre cuáles son las sociedades afectadas por esa posible oposición y que el RESE delimita con respecto al hecho de que estén sujetas al ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate (art. 19). En este sentido creemos que el alcance de la posible oposición a las sociedades «sujetas al ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate...» ha de interpretarse con un criterio no restrictivo, entendiendo que este posible veto no sólo afecta a las SA nacionales que reúnan los requisitos para poder ser parte en el procedimiento de constitución de una SE mediante fusión (art. 2.1), sino que, en congruencia con el principio de identidad de trato, deben de considerarse incluidas en ella a las SE existentes que, sujetas a aquél, quisieran participar en una fusión para crear una SE.

La existencia de esta prohibición tiene su razón de ser muy probablemente en el hecho de evitar que sociedades anónimas nacionales o SE puedan mediante su participación en la creación de una SE dejar de estar vinculadas al específico régimen fiscal al que estaban sometidas, o a que los Estados puedan perder el control que sobre su objeto tenían, o a la grave incidencia que en su economía pudiera tener la operación. La extensión de este veto a las SE, no sólo se sustenta en que el propio RESE exige que se las someta al mismo tratamiento que a las sociedades constituidas de acuerdo a la legislación del Estado miembro en el que tiene su domicilio (art. 10), sin que además una posible prohibición se manifiesta, con carácter similar, también

en el RESE con respecto a la SE para el supuesto, bastante parecido en sus fines, de cambio de domicilio (art. 8.14) (18).

II.2. EL MODELO DE REGULACIÓN Y LA IMPRECISIÓN EN LA FIJACIÓN
DEL CRITERIO DE CONEXIÓN PARA DETERMINAR LA «LEX SOCIETATIS»
APLICABLE A LAS SOCIEDADES INTERVINIENTES

La técnica de regulación de la fusión empleada por el RESE como modalidad para constituir una SE (arts. 17 a 31) no ha elaborado un régimen sustantivo completo de la figura que sea aplicable por igual y simultáneamente a todas las sociedades participantes, sino que, por el contrario, el legislador ha huido del establecimiento de un régimen con pretensión de totalidad y de homogeneidad en su aplicación para todas las sociedades que se fusionan frente a lo que sí fue la tendencia seguida en anteriores proyectos (19). Las

(18) La PCSM ha contemplado (art. 647) la posibilidad permitida por el RESE (art. 19) de que este derecho de veto sea recogido por las legislaciones de los Estados miembros. El régimen propuesto por la PCSM de dicho derecho de oposición requiere hacer, no obstante, algunas pequeñas observaciones, en cuanto que su contenido no se ajusta estrictamente al que el RESE ofrece. Lo que podría suponer que en algún aspecto existe un alejamiento del texto comunitario que ofrece dudas en cuanto a la coherencia de ambos textos y del respeto a los presupuestos fijados por el RESE para que el derecho de veto pueda ser recogido.

Se establece que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, es la autoridad competente del Estado para ejercer el derecho de veto por razones de interés público. Este veto se contempla circunscrito al supuesto de la participación de una sociedad española cuando se produzca la constitución de una SE en otro Estado miembro, centrandose, además, el problema más en torno al lugar de constitución que con respecto a la fijación del domicilio, que es el elemento a tener en cuenta para determinar la legislación nacional aplicable en el marco del sistema de fuentes aplicable a una SE ya constituida (art. 9 RESE).

La posibilidad de oponerse, que es, en su caso, recurrible ante la autoridad judicial competente, tiene un límite temporal que la PCSM sitúa en la necesidad de que el veto se efectúe «antes de la expedición del certificado a que se refiere el artículo 8 del RESE». Pero resulta que este límite temporal no coincide exactamente con el que, a los mismos efectos, establece el RESE. Este posibilita que un Estado miembro se oponga a que una sociedad sujeta a su ordenamiento participe en la fusión para constituir una SE siempre que tuviera lugar antes de que se emita el certificado que acredite que dicha sociedad ha cumplido los actos y trámites previos a la fusión (art. 19 en relación con el 25.2 RESE). Sin embargo, la PCSM establece dicha posibilidad antes de que se expida el certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse antes del traslado de domicilio, que es lo que dice el artículo 8 del RESE al que se remite (art. 647). La participación de una sociedad en una fusión no es identificable con su cambio de domicilio, aunque lo puedan ser sus consecuencias, y son, por ello, distintos los requisitos exigibles para emitir un certificado acreditativo del cumplimiento por la sociedad de los trámites necesarios, según se esté ante una u otra figura.

(19) Aunque aquí se predique sólo en relación con la fusión, el modelo de mínima existencia de un régimen sustantivo es extensible a todo el régimen de la SE en conso-

sociedades participantes actúan en paralelo, pero de forma independiente en la adopción de sus respectivos acuerdos hasta el final del procedimiento, y cada una de ellas se rige, salvo en lo regulado en el texto comunitario, por su propia legislación. El RESE contiene sólo algunos preceptos de contenido estrictamente sustantivo y cimienta su estructura sobre la base de un «modelo de remisión» que ordena con carácter general la aplicación del derecho nacional a un supuesto cuyo tipo y régimen es de exclusiva creación comunitaria, pero sin que esa técnica se trate de una norma de colisión en sentido estricto (20). En el desarrollo de esta idea radica el que cada una de las sociedades participantes se someta a las disposiciones que sean aplicables a las fusiones de sociedades anónimas del ordenamiento jurídico del Estado miembro del que depende en lo que se refiere a todas las materias no reguladas por el RESE, o que lo han sido parcialmente (art. 18). Lo que requiere además la precisión, ya indicada reiteradamente, de que si en la fusión interviene una SE ya existente, ésta quedaría igualmente sometida al ordenamiento sobre fusiones del que depende (art. 10), si bien lo tenga que hacer en el respeto al régimen de fuentes que el RESE establece para ella en lo que es su estructura y funcionamiento (art. 9) (21).

nancia con la incidencia que los principios de subsidiaridad y de armonización competitiva han ido alcanzando en la política legislativa comunitaria de sociedades desde los años 1980. Vid., al respecto, ESTEBAN VELASCO, «El compromiso», *ob. cit.*, págs. 142 y sigs. Y en la misma obra, las págs. 145 y sigs., sobre la evolución de los principios rectores y de los sucesivos proyectos sobre la SE. BUCHHEIM resalta la sucesiva «nacionalización» de los diversos proyectos de Estatuto de SE, resaltando la quiebra del criterio de Lutter cuando indicaba en los años setenta la necesidad de un régimen completo y cerrado que evitara la aplicación subsidiaria de los ordenamientos nacionales. *Europäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende Konzernverschmelzung*, págs. 172 y sigs. Wiesbaden, 2001. Sobre la importancia de un régimen unitario y cerrado para la SE que desplazara a los ordenamientos nacionales, vid. también ROUTIER, *Les sociétés commerciales. Prolégomenes pour un nouveau droit des rapprochements*, págs. 284 y sigs., París, 1994. Analizando el proceso de desregulación en relación con los diferentes proyectos de Reglamentos, vid. VELASCO SAN PEDRO, *ob. cit.*, págs. 486 y sigs.

(20) TEICHMAN, C., «Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft. Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber», en *NZG*, 3/2002, págs. 396 y sigs.; GARCIMARTÍN habla de «una combinación de normas materiales uniformes y de normas de conflicto». «El reglamento de la sociedad europea: una primera parte», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero/febrero 2002, núm. 217, pág. 23.

(21) Este es, lógicamente, el sistema recogido por la PCSM (art. 643) poniendo de relieve que «a las sociedades anónimas europeas con domicilio en España les serán aplicables, por supuesto, el Reglamento (CE) número 2157/2001, que es su norma básica, pero además los preceptos incluidos en el resto del Código que sean compatibles con el Reglamento comunitario y las propias normas especiales de este Libro VIII» (Exposición de Motivos, VII). No existe, sin embargo, ninguna referencia específica al régimen de fuentes aplicable a la constitución por fusión de una SE que obedece a una lógica diferente en cuanto que convergen diversas legislaciones nacionales junto a la norma comunitaria, tal y como habrá de verse.

La técnica de remisión de carácter general se presenta también, otra vez, en sede de «control de legalidad» del proceso de fusión sobre las sociedades intervinientes, a fin, probablemente de precisar las diferentes normas aplicables en razón del doble ámbito calificador del proceso de fusión. Este cae, de un lado y en congruencia con la actividad independiente de cada sociedad interviniente en lo que es la adopción de su acuerdo de fusión, sobre la actuación de cada una de las sociedades participantes a las que se aplica «la legislación sobre fusiones de anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio» (art. 25.1), y, de otro, sobre la concreta realización de la fusión y la simultánea constitución de la SE como resultado final en función de que ésta se ajuste a la legislación del domicilio social del Estado miembro en el que fija su domicilio social (art. 26.4 en relación con el art. 15).

Este modelo de regulación de la fusión presenta la peculiaridad de que, junto a las citadas remisiones de carácter general, existen además concretas remisiones a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros donde están registradas cada una de las sociedades que se fusionan (art. 24), que son hechas para aspectos específicos del proceso de fusión y que persiguen, probablemente, resaltar la importancia que tiene el cumplimiento de las normas en esa materia por ser de máxima sensibilidad (por ejemplo, al tratarse de defensa de acreedores). No existe así una única terminología, sino que ésta se presenta como diversa a la hora de determinar cuál ha de ser el criterio que sirva para precisar el ordenamiento aplicable a las diferentes sociedades a lo largo del proceso.

La lectura de los dispersos preceptos de remisión ofrecen una aparente diferencia con respecto a la determinación de cual sea el criterio de conexión (modelo de incorporación o de sede real) con el ordenamiento aplicable a las sociedades participantes en la creación por fusión de una SE. El precepto que determina la regla general de aplicación de fuentes al respecto, se refiere a «las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que dependa» (art. 18), para indicar cuál es, en definitiva, el ordenamiento aplicable a cada sociedad participante en el procedimiento en todo lo no contemplado, pero sin indicar cuál es el criterio de conexión que sirva para dilucidar cuál es el concreto ordenamiento del que depende. No aparece así expresamente determinado cual sea el criterio de conexión que sirva para precisar cuál es el Estado miembro del que depende en las sociedades anónimas participantes en la fusión, y que fijaría, por lo tanto, la *lex societatis* aplicable para las materias no reguladas, o sólo parcialmente reguladas en el RESE (art. 18). El tema tiene trascendencia en aquellos supuestos en los que las SA que participan en una fusión están constituidas y tienen su domicilio social estatutario en un Estado de la UE diferente de aquél en el que tienen su sede real.

El RESE elude pronunciarse sobre el criterio de conexión en virtud de que realmente es a los ordenamientos nacionales a quien corresponde determinar-

le (sede real, incorporación, mixto) a efectos de precisar si sus ordenamientos son, o no, aplicables. Y esta postura está en consonancia con la indeterminación que el RESE presenta también cuando al indicar qué sociedades anónimas pueden participar en la fusión, señala sólo, como requisito necesario, que «estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes» (art. 2.1), aunque con la salvedad de la excepción de que éstos pueden contemplar la eliminación del requisito exigido con respecto a la exigencia de que su administración central esté en la Comunidad si se dan determinadas circunstancias (art. 2.5). Tampoco aquí aparece predeterminado el criterio de conexión, sino que simplemente se deja abierta la posibilidad de que sea factible el que estén presentes, en el procedimiento de fusión, sociedades anónimas constituidas en un Estado miembro pero con independencia de que su sede real esté en el lugar del domicilio estatutario o no.

La cuestión de fijación del criterio de conexión determinante de cual sea el ordenamiento aplicable es ajena al contenido del RESE, quedando por lo tanto abierta la posibilidad de que pueda presentarse, como cuestión previa al inicio de un procedimiento de fusión para constituir una SE, un conflicto de leyes en torno a dirimir cual sea la legislación a la que de forma subsidiaria está sometida alguna de las SA participantes si existe discrepancia entre su lugar de constitución y su sede real.

La indeterminación señalada no es contradictoria con la presencia del «domicilio» como elemento determinante de la legislación aplicable a cada sociedad anónima participante en la fusión a efectos del ejercicio del control de legalidad (art. 25.1), si aquél se entiende como sede estatutaria. Y ello porque la solución al posible conflicto exigirá siempre que el vínculo de la SA con el ordenamiento aplicable lo sea en base a su domicilio estatutario. Si el ordenamiento del Estado donde la SA está inicialmente constituida sigue el criterio de sede real, y la SA traslada su domicilio a un Estado que sigue el criterio de incorporación, ninguno ofrecerá inconveniente en que el ordenamiento aplicable siga siendo el de su sede estatutaria inicial y que es donde se constituyó (es cierto, no obstante, que podrían plantearse teóricamente problemas en el Estado donde se constituyó sobre nulidad del acuerdo de traslado, si lo hubo, o de posible causa disolutoria o pérdida de nacionalidad); si la SA trasladó su domicilio a un Estado donde rige el criterio de sede real, el problema se solucionaría porque éste exigiría su nueva inscripción para considerarla una sociedad legalmente constituida, haciendo coincidir de nuevo la nueva sede real con la nueva sede estatutaria (es cierto que podrían plantearse hasta entonces problemas de «irregularidad» y de necesidad de una constitución *ex novo*), o bien porque de no ser así, el Estado de origen aplicaría su

ordenamiento en base al criterio de sede estatutaria que constaba en su escritura de constitución inscrita en el respectivo registro, si es que existiera un convenio de mantenimiento de la personalidad. Si el ordenamiento del Estado donde estaba inscrita la SA se informa por el criterio de incorporación y ella traslada su sede real a otro Estado en el que se sigue también este criterio, no se plantea ningún problema en que el ordenamiento aplicable sea el del Estado donde está inscrita en base a su inicial domicilio estatutario; pero si la SA se traslada a un Estado que se rige por el criterio de sede real, el conflicto se solucionará o bien porque el Estado de origen le aplica su ordenamiento en base al domicilio social estatutario, o bien porque el Estado donde tiene su sede real le exige para constituirse con personalidad jurídica la escrituración e inscripción registral y en consecuencia le aplica su ordenamiento en base al nuevo domicilio social que ha de coincidir con el real que antes no lo era (la falta de convenio entre ambos Estados puede dar lugar a problemas de atribución de doble personalidad, o, por el contrario, de sociedad apátrida debido al desentendimiento de ambos Estados).

Y, como se puede deducir de lo dicho, el ordenamiento final aplicable a una SA ya constituida es siempre el propio del lugar donde se registra, inicial o posteriormente, a efectos de su nacimiento con plena personalidad jurídica, que es además el criterio que el RESE señala para la aplicación de las normas correspondientes a las diversas sociedades participantes en materia de amparo de terceros acreedores al expresar al respecto que el ordenamiento aplicable será el del Estado miembro «donde esté registrada cada una de las sociedades que se fusionan» (art. 24).

En definitiva, se puede decir que es acertada la solución adoptada por el RESE en cuanto que no le corresponde a él fijar ningún criterio de conexión que desplace a los ordenamientos nacionales para determinar cuál es el Estado del que las correspondientes sociedades dependen y cuyo ordenamiento les es aplicable. Lo que puede plantear una cuestión previa para su determinación, pero que en todo caso parece que la solución, cualquiera que sea, lleva a que sea aplicable el ordenamiento del domicilio estatutario, que es el del lugar donde la SA está inscrita. No existe en consecuencia discrepancia entre los criterios utilizados por el RESE, si bien la construcción sistemática requiera de un esfuerzo de interpretación que podría haberse obviado con una mejor redacción (22). Las diferentes posiciones del legislador nacional sobre la elección del sistema de «constitución» o de «sede real» llevan en el ámbito de la SE al mismo derecho aplicable (23).

(22) Sobre el traslado de domicilio social al extranjero, vid. GONZÁLEZ DEL VALLE GARCÍA, «El traslado del domicilio social al y desde el extranjero», en *Las operaciones societarias*, ob. cit., págs. 339 y sigs.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El traslado del domicilio al extranjero. Una visión facilitadora», en *RdS*, núm. 16, págs. 107 y sigs.

(23) TEICHMAN, ob. cit., pág. 398.

La realización de la fusión y la simultánea constitución de la SE se somete, finalmente, al control de legalidad de la autoridad pertinente según el Estado miembro donde fija su futuro domicilio social, y a cuya legislación ha de ajustarse su constitución (arts. 26.4, 15) en congruencia con el régimen de sede real que el RESE establece para la SE (arts. 7, 9 y 10).

II.3. LA VALORACIÓN DEL MODELO Y LAS DIFICULTADES DE SU APLICACIÓN

La idea que subyace bajo la técnica indicada de una remisión general hecha por el RESE a los ordenamientos del Estado del que dependen las sociedades que se fusionan, en lo no regulado, o solo parcialmente contemplado por él (art. 18), parte de la hipótesis de la existencia de una uniformidad en lo esencial en las diversas legislaciones comunitarias como consecuencia de su adaptación a la III Directiva sobre fusiones (24). Es este soporte de identidad suficiente en la base del régimen sobre fusiones el que permite hacer una remisión a las diversas legislaciones en función del alto grado de homogeneidad adoptado por todas ellas. Expresamente el propio RESE lo indica cuando al realizar la remisión a la aplicación subsidiaria a cada SA participante de su legislación en lo referente al régimen de fusiones indica que ha de serlo «en conformidad con la Directiva 78/855/CEE» que, como es conocido, es precisamente la Directiva sobre fusiones de sociedades anónimas. Se establece así por el RESE tan sólo un limitado núcleo esencial de derecho sustantivo vinculante para todas las sociedades que participan, que convive con aspectos que no son de carácter vinculante para los Estados miembros o que, incluso presentan diferentes posibilidades en su concreción. Es esta la idea expresada en los propios considerandos del RESE concretada en una referencia de carácter general hecha a todos los trabajos de aproximación societaria efectuados en el marco comunitario, si bien parece que lo haga sólo en relación con el régimen aplicable a una SE ya constituida (considerando 9). Se trata de una solución de compromiso que ha buscado el poder superar con una mínima renuncia a los ordenamientos nacionales, las dificultades que se derivan de la aplicación de las técnicas tradicionales de la fusión internacional como medio para conseguir los fines propuestos de creación, organización y concentración empresarial a escala comunitaria (Exposición

(24) La bibliografía general sobre la III Directiva 78/855CEE es abundantísima y carece de sentido aquí una referencia específica de toda ella, por lo que se hace una remisión a libros españoles de referencia que la contemplan. Ver en este sentido, SEQUEIRA MARTÍN, «La fusión y la escisión de las sociedades en la CEE (Tercera y Sexta Directivas)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 5, junio de 1989; GÓMEZ PORRÚA, *La fusión de Sociedades Anónimas en el Derecho español de Sociedades y Comunitario*, Madrid, 1991, págs. 81 y sigs.

de Motivos, núms. 3 y 4). Incluso tampoco puede decirse que su limitado régimen sustantivo contemple graves divergencias con respecto a los modelos que ofrecen los diversos ordenamientos nacionales comunitarios (25).

Es lo cierto que esta carencia de un régimen sustantivo suficiente, a diferencia del contenido de otros proyectos de Reglamento de la SE, ha permitido agilizar el proceso de elaboración de una norma que el intento de elaborar una técnica de regulación completa habría sin duda desacelerado como consecuencia del celo normativo de los diversos Estados por querer hacer primar en la regulación del proceso de fusión sus peculiares soluciones peculiaridades legislativas en función de las diferentes opciones que los ordenamientos comunitarios mantienen aún en el marco de adaptación que la III Directiva permite. La solución dada por el RESE no ha posibilitado el prescindir absolutamente de lo que es la aplicación concurrente y acumulativa de cada uno de los ordenamientos que afectan a las correspondientes sociedades participantes, aunque si el evitar tener que recurrir continuamente, pero no de forma absoluta, tal y como se verá, a la técnica de la aplicación acumulativa de todos los ordenamientos implicados a cada una de ellas.

El RESE ofrece un instituto jurídico con la pretensión de superar las dificultades propias de una concentración transfronteriza y de cambio de domicilio social (26), si bien sea sólo bajo la modalidad de creación de un nuevo tipo societario (la SE) con una nacionalidad comunitaria/nacional, que domiciliado en un estado de la UE puede trasladar su domicilio a otro sin necesidad de disolverse y sin tener que adoptar una nueva personalidad jurídica (considerando veinticuatro; el régimen de traslado de domicilio de la SE es regulado por el RESE en el art. 8), ni basarse en la necesidad de un convenio internacional previo que lo posibilite. En este aspecto es indudable que la trascendencia del RESE, en orden a superar las dificultades existentes en la aplicación a las sociedades del principio de libertad de establecimiento, se refleja también en la figura de la fusión como modalidad admitida para la creación de una SE (27).

No obstante la importancia de lo dicho, los inconvenientes que se plantean son lo suficientemente serios como para dudar que la norma resultante y el indicado modelo de regulación elegido para la fusión sirvan lo más adecuadamente a la creación de sociedades de dimensión europea bajo el nuevo tipo de sociedad anónima europea (SE), de forma que pueda desplazar a la técnica tradicional de fusiones internacionales (máxime si el proyecto

(25) Vid. BUCHHEIM, *ob. cit.*, pág. 137.

(26) Con respecto a las ventajas de la SE en relación con las dificultades de una fusión transfronteriza, vid. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la “Societas Europae SE”», en *RdS*, núm. 19, año 2002-2, pág. 134 y sigs.

(27) VELASCO SAN PEDRO/SÁNCHEZ FELIPE, *ob. cit.*, págs. 34 y 35.

sobre la X Directiva, sobre fusiones transfronterizas, llega a hacerse realidad). Lo probable es que ambas modalidades coexistan, primando una sobre otra en razón de la mayor, o menor, afinidad que sobre la figura tengan las legislaciones involucradas, y de la relevancia que la denominación «SE» adquiera como elemento de referencia en el mercado.

La ausencia de un régimen sustantivo completo por el que se regule uniformemente la actuación de todas la SA que se fusionan, ofrece inicialmente un problema de inseguridad operativa que se deriva de la falta de un conocimiento suficiente por parte de las posibles sociedades participantes con respecto a los diversos ordenamientos que pueden intervenir en el proceso aplicándose a cada una de las respectivas sociedades, y de incertidumbre sobre cuáles puedan ser sus reales consecuencias económicas. La inseguridad de una remisión general de carácter subsidiario a los ordenamientos de las sociedades que participan en el procedimiento para las materias no reguladas, o no reguladas suficientemente en lo que se refiere a la parte del procedimiento que les corresponde (arts. 18 y 25), se incrementa además en tanto que no existe expresamente en el RESE un sistema cerrado de derecho positivo de referencia que indique con precisión cuál es el modelo completo de una fusión de forma que nos sirva para tener claro cuál es la parte del procedimiento en donde no existe regulación suficiente. La referencia a la insuficiencia de régimen carece de un referente que dé sentido a la afirmación. Así, con frecuencia, no sabremos si determinados aspectos que el legislador comunitario no ha contemplado, son realmente lagunas, se trata de una exigencia de mínimos, o son silencios expresos queridos por él que no requieren ser suplidos (28) (por ejemplo, el cálculo de canje sobre el valor real). El RESE no ofrece un modelo expreso, lo que muchas veces planteará dudas sobre la interpretación de las ausencias de régimen que en él existan. Aunque no de forma absoluta, pero sí como un criterio indicativo general de interpretación, podría sostenerse que constituyen una laguna aquellos aspectos del proceso de fusión que, a pesar del silencio que el RESE ofrece al respecto, son contemplados en las demás legislaciones nacionales en consonancia con el modelo y el régimen que ofrece la III Directiva sobre fusión de sociedades anónimas. Si bien siempre sería conveniente una interpretación sistemática con el conjunto normativo del RESE que permitiera, en lo posible, su entendimiento como un sistema cerrado y completo que desplaza la aplicación de las legislaciones nacionales, y que tuviera en cuenta, desde esta óptica restrictiva, que las remisiones se hacen a legislaciones nacionales sobre fusión de

(28) GARCIMARTÍN señala con acierto, y dando a su afirmación un carácter general, la importancia de los principios generales del Reglamento (a los que anteriores versiones hicieron referencia) como mecanismo integrador de lagunas, y esencial para saber cuándo se está ante una de éstas o ante un silencio elocuente. «El Reglamento», *ob. cit.*, pág. 14.

sociedades anónimas, están pensadas para su aplicación con un alcance geográfico y económico diferente (29). El respeto que tiene a las legislaciones nacionales no puede hacer olvidar que éstas están pensadas para fusiones nacionales que se realizan en el marco de espacios e intereses diferentes a los que en el RESE se tienen en consideración. Ciertamente es evidente que, en sus líneas modélicas, el sistema del que el RESE parte es el que la III Directiva 78/855/CEE ofrece, pero sin que esta afirmación sirva para solventar de forma rotunda los problemas anteriormente indicados, aunque la presencia del modelo de la citada Directiva es tan patente que incluso cuando el RESE se remite en lo no regulado a las legislaciones nacionales, lo hace bajo la necesidad de que lo sean en aquello que esté «en conformidad con la III Directiva 78/855/CEE» (art. 18). Es procedente así, partir de un criterio inicial de interpretación que contemple el sistema de las normas del RESE entre sí y en relación con las diversas normas secundarias comunitarias en materia de sociedades, y especialmente la III Directiva sobre fusiones de sociedades anónimas, en razón del carácter autónomo del propio derecho societario europeo (30).

La insatisfacción por el método utilizado por el RESE para regular la fusión se agudiza por el hecho de que el modelo de remisión se estructura en relación con aquellas fases del proceso que corresponden a cada sociedad en su actuación aislada, pero sin tener en cuenta que el ejercicio de su actividad ha de estar necesariamente coordinada con todas las demás sociedades en muchos momentos del proceso (básicamente, aunque no sólo, en la elaboración del contenido del proyecto de fusión), ya que las soluciones aportadas por cada legislación nacional sólo afectan a la sociedad vinculada a ella pero no a las otras. En estos casos caben dudas sobre si se requerirá la aplicación acumulativa de todas las legislaciones, lo que muchas veces no sería factible por no poder aplicarse simultáneamente al ser antagónicas y conducir a la aplicación de la solución más restrictiva (ejemplo, las técnicas de cálculo de canje sí se estima que el valor real es determinante para el mismo en alguna legislación, tal y como, de forma discutida, puede suceder con la nuestra). Al margen del hecho señalado de que en el proceso de una fusión no siempre se está ante meras actuaciones societarias tomadas individualmente en paralelo por cada una de ellas, sino que en alguna de sus fases la actuación ha de ser necesariamente conjunta, sin que se pueda olvidar que, muchas veces, para que una sociedad pueda cumplir con lo exigido por su propio ordenamiento, otras sociedades, sujetas a ordenamientos diferentes, tienen que colaborar con aquéllas para que

(29) GARCIMARTÍN resalta acertadamente la necesidad de «atender al carácter transfronterizo de la fusión» al aplicar las normas nacionales. «El reglamento de la...», *ob. cit.*, pág. 24.

(30) TEICHMAN, *ob. cit.*, pág. 403 y sigs.

les sea posible el cumplimiento de las exigencias que les impone su ordenamiento (por ejemplo, la entrega de documentación a efectos de información) y que a lo mejor éstas ni siquiera se presentan como tales en los ordenamientos de las sociedades que han de prestar su colaboración.

Las inseguridades señaladas tienen su razón de ser en la ya citada técnica de remisión general, salvo en lo mínimamente regulado, a los diversos ordenamientos a los que están sujetos las sociedades participantes, con la peculiaridad añadida de que además el régimen material con el que se aborda la fusión en el RESE es a veces de carácter optativo para los Estados miembros, y que, por lo tanto, pueden recogerlo o no en sus ordenamientos (así sucede por ejemplo, con la introducción del derecho de veto —art. 19—; con la protección de los accionistas minoritarios —art. 24.2—, etc.) y, de hacerlo, regularlo de forma diversa. El modelo de regulación tiene una cierta similitud con la propuesta de Décima Directiva sobre fusiones transfronterizas presentada por la Comisión al Consejo el 14/1/85 (al margen de que los supuestos contemplados sean absolutamente diferentes) para que los Estados miembros organizaran un régimen de fusión transfronteriza para las sociedades que dependen de su legislación, y sentaba las bases para una relativa homogeneidad del régimen de fusión internacional que debían establecer los diversos ordenamientos comunitarios. El resultado perseguido era el de que todas las sociedades implicadas en una fusión transfronteriza comunitaria se sometieran a un régimen muy similar al contemplarla sus ordenamientos de una forma bastante homogénea y con el respeto máximo hacia sus respectivos sistemas jurídicos reguladores de las fusiones internas. Lo que técnicamente puede ser un modelo adecuado para ordenar un régimen de fusiones transfronterizas, puede no ser, sin embargo, lo más idóneo para regular la constitución por fusión de una sociedad anónima europea que no es proceder a una fusión internacional en su sentido estricto. El RESE, como fuente reguladora de la SE, tiene así en el ámbito de la fusión, como en otros muchos, cuerpo de Reglamento y alma de Directiva, con lo que ello supone de desarmonía en su función normativa.

La ausencia de un expreso modelo de fusión para creación de una SE y la pluralidad de ordenamientos nacionales intervinientes, ante la inexistencia de un régimen sustantivo único y completo en el RESE, que es muchas veces opcional con respecto a la introducción de determinados aspectos en las legislaciones de los Estados miembros, son la causa de que se presenten los problemas, antes descritos, de inseguridad por la complejidad que supone para las sociedades que intervienen de tener que conocer los diversos regímenes aplicables, de incertidumbre con respecto a qué aspectos de los ordenamientos nacionales quedan desplazados por el tímido modelo que en el RESE se ofrece, y de dificultades de coordinación en la aplicación simultánea de ordenamientos diferentes y que están pensados para ser aplicados a fusiones

con fines y alcances diferentes. El resultado, en todo caso, llevará a que en base al RESE existan fusiones en la creación de una SE que no sólo serán diversas en razón del procedimiento seguido (absorción o constitución) y de los ordenamientos aplicados, al margen de que asimismo lo serán en relación con el modelo de la SE que surja como resultado del mismo y el ordenamiento nacional que le sea aplicable en el marco del sistema de fuentes que en aquél se establece (art. 9) (31). No existirá, estrictamente hablando, una sola SE como resultado de la fusión, sino tantas como Estados miembros hay. A todo lo dicho se añade la confusión que supone el tener en cada Estado miembro sistemas normativos diferentes, pero no claramente diferenciados, según se esté ante una fusión interna, una fusión transfronteriza (comunitaria o no), o una fusión con finalidad de constitución de una SE que no es un auténtico tipo societario europeo (32) con propio régimen sustantivo completo y absolutamente diferenciado de los diferentes Estados miembros. Esta dispersión normativa requeriría un esfuerzo armonizador por parte de cada Estado miembro, a fin de evitar en lo posible la indicada disparidad de regímenes y la confusión que con ello se genera. Todo ello no es un buen punto de partida para favorecer al máximo las concentraciones de capital sobre la base de una sociedad de ámbito europeo, ni para augurar que la SE será siempre el vehículo idóneo para las fusiones intracomunitarias. La presencia de un único régimen sustantivo en torno a un único tipo de SE no ha sido el resultado conseguido, y ésta es también la tónica que imprime la regulación que el RESE hace de la fusión como modalidad para constituir una SE.

No puede pasarse por alto el riesgo de que, con el modelo indicado, el RESE produzca en los ordenamientos de los Estados miembros una presión tendente a un debilitamiento de las exigencias en materia de sociedades a fin de posibilitar la atracción del domicilio de la SE que se constituya hacia aquellos Estados que ofrezcan una mayor flexibilidad en el régimen de sus sistemas societarios, en razón del carácter complementario que éstos cumplen ante la ausencia de un verdadero y completo régimen sustantivo de la SE, cuyo Reglamento permite la aplicación de ordenamientos que pueden ser diferentes según el Estado en el que se domicilie y a los que la SE, resultante de la fusión, habrá de ajustarse en su constitución (arts. 16 y 26.4 RESE). Se ha llegado a plantear incluso la posibilidad de una traslación a la UE del efecto *Delaware* que se traduciría en un posible debilitamiento de los ordenamientos nacionales a fin de atraer las sedes de las futuras SE (33), pero que

(31) Sobre la multiplicidad de regímenes bajo los que el tipo de SE puede encontrarse, vid. FERNÁNDEZ DE CORDOVA, *ob. cit.*, pág. 2.

(32) GARCIMARTÍN ALVAREZ, «El Reglamento...», *ob. cit.*, pág. 13.

(33) Tal y como indican MAYSON/FRENCH/RVAN, tanto las dudas de que el efecto *Delaware* fuera realmente debido a una mayor tolerancia del régimen aplicable, junto al hecho de la armonización de los sistemas fiscales en materia de fusión (Directiva de

la ya existente homologación fiscal, tanto en el ámbito de las fusiones intra-comunitarias (Directiva 90/434 de 23/7/90), como el alto grado de homogeneidad de las legislaciones nacionales, y la propia tensión entre economicidad y principio de seguridad jurídica, no lo hacen tan obvio.

A pesar de la existencia de una gran homogeneidad de la figura de la fusión en los diversos ordenamientos de los Estados de la UE como consecuencia de su adaptación a la III Directiva (34), no parece, por lo dicho, que el modelo elegido para su regulación por el RESE sea el más plausible, pero es que a la vez que se ha desaprovechado la ocasión para uniformar un régimen que aclarase las dudas interpretativas que existen en los diversos ordenamientos comunitarios con respecto a determinados problemas de su régimen, y que les solventara adecuándoles a un ámbito nuevo de aplicación como es el de la fusión para creación de una SE. Tal y como antes se indicó, la específica finalidad y ámbito geográfico de esta fusión aconseja que, con la máxima prudencia, se proceda a una interpretación del RESE que permita entender que su texto está cerrado y es completo en muchos de sus aspectos, a fin de evitar en lo posible el que tenga que ser completado mediante la aplicación concurrente, y, a veces, acumulativa de los diversos ordenamientos nacionales que están implicados. Y, a este fin, sería conveniente también el proceder a una tarea uniformadora que mediante la presencia de nuevos Reglamentos de desarrollo en materia de procedimientos de creación de SE, o de Directivas de coordinación, permitieran la aclaración de dudas interpretativas en el marco de la actividad legislativa que los diferentes Estados miembros han de llevar a cabo en la necesaria tarea de adopción de «las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento» (art. 68.1). Se ha perdido en todo caso la posibilidad de que el régimen de fusión contemplado en la SE se convirtiera en un modelo de referencia que constituyera un ejemplo a seguir (35).

El método de regulación elegido para el supuesto de creación por fusión de una SE, posibilita e incrementa, como se ha dicho, la existencia en un mismo ordenamiento nacional de regímenes de fusión diferenciados en razón de cual sea el supuesto de hecho contemplado. Existirá una regula-

90/343/CEE, de 23 de julio de 1990) ponen en duda la verosimilitud de que se produzca tal situación. *Company Law*, págs. 22 y sigs., London, 1997/98.

(34) El efecto petrificador de las Directivas de sociedades y las dificultades que su presencia suponen para un desarrollo autónomo de la legislación societaria, así como la eliminación del efecto de la competencia de leyes nacionales, no es tan radicalmente sostenible en el tema de fusiones de sociedades anónimas. La III Directiva 78/855/CEE se basa en un modelo de enorme flexibilidad en el respeto a los sistemas de las diversas legislaciones nacionales, a fin de posibilitar una armonización mínima entre ordenamientos que se presentaban con grandes diferencias, o que incluso ni siquiera contemplaban la figura.

(35) ROUTIER, *ob. cit.*, pág. 286.

ción de la fusión interna (con diferentes modelos de regulación según los Estados —unificación total para todos los tipos societarios; unificación parcial con especialidades para diversos tipos; situación diversificada en razón de cual sea el tipo—), una regulación, mayor o menor, de la fusión para creación de una SE y una fusión de carácter transfronteriza, a las que no siempre sería de aplicación el mismo conjunto de normas. En este sentido sería loable, a fin de simplificar al máximo la pluralidad de modelos y reducir el caudal de normas diferentes, un esfuerzo del legislador nacional que limitase al máximo la pluralidad de ordenamientos reguladores de las fusiones, de forma que las exigencias de adaptación legislativa que el RESE reclama fueran extendidas, en lo posible, al régimen de las fusiones internas y que sirviera también para despejar las dudas que han estado tradicionalmente presentes en ellos. No se olvide, en cualquier caso, que el legislador nacional podría establecer soluciones diferentes para un mismo problema en función de cual sea el supuesto de hecho de fusión que regule.

III. EL CONCEPTO DE FUSION PARA CONSTITUCION DE UNA SE Y LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

III.1. EL CONCEPTO DE FUSIÓN Y SUS EFECTOS

El régimen de fusión que presenta el RESE para la constitución de una SE es unitario y aplicable tanto a la modalidad de fusión por absorción como de fusión por constitución, y se articula, mediante una remisión a la III Directiva 78/855/CEE en torno a un concepto estricto de fusión (art. 17) del que permanecen ajenas las que podríamos llamar «fusiones impropias» y «operaciones asimilables a la fusión»; si bien se considera la posibilidad de que transcurrido un período de tiempo se pondere la conveniencia de extender el ámbito de aplicación del concepto de fusión a otras figuras distintas de las que ahora contempla (art. 69). Un tema diferente es el de la presencia de una flexibilización del procedimiento cuando se está ante una reordenación de grupos societarios en lo que se presentan supuestos de fusión entre sociedades íntegra o parcialmente participadas, para los que el RESE contempla una cierta atenuación en las exigencias legales del procedimiento y en el alcance de los efectos (art. 31.2 *in fine*), como habrá ocasión de ir exponiendo a lo largo del presente trabajo, junto a lo que son ausencias que se justifican por la propia especificidad de las fusiones entre sociedades participadas. La simplificación del proceso de fusión se presenta, sin embargo, como una opción a contemplar por los Estados miembros cuando el control mayoritario de una sociedad por otra proviene más de la presencia mayoritaria de los derechos de voto detentados que del número de acciones (art. 31.2), en lo que parece ser la

toma en consideración de las acciones de voto plural en la presencia de la relación de dependencia societaria (36).

El concepto de la fusión se deduce en el RESE implícitamente del precepto por el que mediante una remisión a la III Directiva sobre fusiones delimita las modalidades de fusión por las que se puede constituir una SE (art. 17) (37), y expresamente del enunciado que se realiza en el propio RESE de los efectos que se desencadenan como consecuencia de su realización (art. 29), aunque diferenciando entre la fusión por absorción y la fusión por constitución (art. 29). Lo característico del instituto de la fusión contemplada viene a ser así la causación simultánea e *ipso iure* desde el día de la inscripción de la SE (art. 27.1) de los efectos de transmisión de patrimonio a título universal de las sociedades que se fusionan y que desaparecen al dejar de existir, así como el paso directo de sus socios a la nueva sociedad que se crea o a la absorbente, que a su vez se constituyen simultáneamente como SE con plena personalidad jurídica en virtud de su inscripción registral (arts. 1, 12.1, 16.1, 27, 29). Nada diferente, en sus notas esenciales, a lo que es la estructura de una fusión nacional sujeta a una legislación nacional comunitaria, armonizadas en base a la III Directiva, salvo en el resultado final de originar una SE, si es que no lo era ya la sociedad absorbente, y en el hecho de que la eficacia no se desencadena entre sociedades sometidas todas ellas a un mismo ordenamiento nacional.

La fusión para constitución de una SE sería, en consecuencia, aquella operación en virtud de la cual se efectúa una transmisión en bloque del patrimonio activo y pasivo de la sociedad o sociedades que se fusionan a una nueva sociedad que ellas constituyen (fusión por constitución) o a una ya existente (fusión por absorción), con extinción por disolución sin liquidación de todas aquéllas, pasando normalmente sus accionistas a serlo de la sociedad constituida o de la absorbente que, de forma simultánea a la causación de los efectos, se constituye o se convierte en una SE. La peculiaridad de estos efectos reside en su interdependencia, por lo que supone de exclusión de la consideración de fusión de aquellas figuras en las que no se den todos ellos *ipso iure* y simultáneamente (art. 29.1).

La transmisión en bloque a título universal del activo y pasivo de las sociedades que se extinguen a la sociedad SE absorbente o que se constituye como tal, no significa la exclusión de la exigencia del cumplimiento, a veces, de ciertas formalidades para poder oponer a terceros el cambio de determina-

(36) SAGASTI entiende este supuesto más allá del control por la presencia del voto plural, y alude a la inclusión de aquellos supuestos en los que tal circunstancia de control se derive de modo indirecto, *ob. cit.*, pág. 139.

(37) Los artículos 3 y 4 de la III Directiva recogen de forma respectiva los efectos tradicionales de la fusión en relación con la modalidad de fusión por absorción y de fusión por constitución.

das titularidades patrimoniales ocasionadas por las aportaciones de las sociedades que se extinguen. En función de esta técnica de seguridad del tráfico, el RESE indica que «cuando la legislación de un Estado miembro imponga en la fusión de sociedades anónimas trámites especiales para que la transmisión sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicaran...» (art. 29.3), en lo que no es sino una mala expresión del reconocimiento de la eficacia del principio de «oponibilidad/inoponibilidad» de lo no inscrito que con carácter general puedan contemplar los diversos ordenamientos europeos en la circulación de sus bienes, derechos y obligaciones. El cumplimiento de dichos trámites pueden ser «efectuados bien por las sociedades que se fusionen, bien por la SE a partir del día en que tenga lugar su inscripción» (art. 29.3), posibilitándose que la legitimación de los sujetos habilitados a estos efectos sea lo más amplia posible por seguridad del tráfico.

La sucesión a título universal plantea un problema en torno a la decisión a tomar sobre si las relaciones jurídicas existentes de las que es parte la SA que se extingue, se someten a la ley personal a la que la nueva SE está vinculada, o bien a la aplicable a la concreta relación (obligacional o real) de que se trate en virtud de la solución que se aplique en conformidad con los ordenamientos de las sociedades que se extinguen (teniendo en cuenta que el nuevo carácter internacional que adquieren las relaciones jurídicas existentes, hará que muchos contratos se vean sometidos a la *lex contractus* que se determine en conformidad con la aplicación del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales). Una mención expresa se produce en el ámbito de las relaciones laborales para las que se da la subrogación de la SE, en el momento que se constituye, como parte en las situaciones que venían detentando las sociedades que ahora se extinguen en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes (art. 29.4).

La transmisión en bloque de los patrimonios va conexo al hecho de que «los accionistas de las sociedades absorbidas o que se fusionen, se conviertan en accionistas de la sociedad absorbente o de la nueva SE que se constituye. Se configura así un modelo europeo diverso del americano, en razón, fundamentalmente de lo que podríamos considerar la defensa a ultranza del mantenimiento del accionista en su posición de tal frente a un posible interés general de la sociedad. Quedan a salvo de este efecto aquellos supuestos en los que la continuidad del socio no se justifica en razón de la ausencia de patrimonio neto de la sociedad absorbida, o por la confusión de patrimonios como consecuencia de estar la sociedad absorbida íntegramente participada por la sociedad absorbente (art. 31.1). Esta fusión hace inaplicables, por su propia estructura patrimonial, aquellas exigencias del contenido del «proyecto» vinculadas al traspaso de socios de la absorbida a la absorbente y a la

necesidad de su información, pero si las demás exigencias nacionales que puedan darse en conformidad con la III Directiva (art. 31.1). Un tema diferente al de la continuidad de la posición de socio es el del posible amparo del socio minoritario disidente que ve gravemente alterada su posición de accionista como consecuencia de la fusión, y al que el RESE, como habrá ocasión de exponer, ha tenido expresamente en cuenta.

El RESE articula la fusión en torno a la continuidad de la posición socio, con la atribución directa de acciones a los socios de las sociedades que se extinguen, como un límite a la soberanía de la Junta General con respecto al alcance del acuerdo de fusión, y que se deriva de la consecuencia de tener que mantener el valor económico de su posición y el de su poder político relativo en relación con los que eran sus consocios en la sociedad a la que pertenecía (arts. 17, 29). La «relación de canje» (art. 20.1.b) es el instrumento adecuado para la consecución de ese fin, y tan sólo en casos muy limitados su presencia no tiene lugar al fallar el fundamento que lo sustenta, tal y como resultaría de la inexistencia de patrimonio neto de la sociedad, o bien por ser la sociedad absorbente socio de la absorbida. El RESE posibilita también el que la entrega de acciones se pueda complementar con compensaciones económicas (art. 20.1.b), cuando la relación de canje no posibilite la atribución de acciones que constituya números enteros. Y aunque expresamente nada diga con respecto a cuál pueda ser el importe máximo de aquélla, sí lo indica implícitamente al remitirse a la III Directiva para indicar el contenido de los posibles procedimientos de realización de la fusión (art. 17.2), ya que el precepto respectivo de aquélla señala que el límite de una compensación no puede superar el importe del 10 por 100 del valor nominal de las acciones atribuidas o, en defecto de valor nominal, de su valor contable» (art. 3.1). No parece, en consecuencia, que, en ningún caso, una fusión con resultado de una SE pueda excluir por razones de oportunidad la continuidad de los socios de las sociedades que se extinguen, o debilitarla más allá de los límites indicados. Otra cosa es el delimitar cuál es el alcance, especialmente desde el punto de vista económico, que tiene la exigencia del mantenimiento de la posición de socio en relación con el método utilizado para su cálculo, cuando nada dice el Reglamento al respecto y sí lo hace, como en su momento se verá, alguna legislación comunitaria (38).

El RESE no ha establecido una técnica precisa para efectuar el canje de las acciones de los socios de las sociedades que se extinguen por acciones de la nueva SE, por lo que parece necesario que los diversos Estados procedieran a su contemplación expresa para evitar los problemas que pueden

(38) Así lo hace nuestra legislación societaria de anónimas cuando requiere que «el tipo de canje de las acciones se determinará sobre el valor real del patrimonio social» —art. 235.b LSA—.

provenir de la aplicación de su, no siempre clara, legislación a la SE resultante, y cumplir con la exigencia de posibilitar «la aplicación efectiva del presente Reglamento» (art. 68.1). Nada se expresa en el RESE sobre la posibilidad de que el resultado de la fusión origine una SE de carácter unipersonal (por ejemplo, si era único, e idéntico, el accionista de la absorbente y de la absorbida), en lo que parece ser una admisión implícita, pero sobre la que no está clara la necesidad de la previa admisión de esta figura por la legislación nacional del futuro domicilio de la SE que se constituye. No creemos que esta previa admisión sea necesaria en virtud de que el régimen de sociedades anónimas nacionales y el del RESE, contemplan supuestos tipológicos diferenciados aunque a veces se requiera la aplicación subsidiaria de aquél en la ordenación de la SE.

La extinción de las sociedades absorbidas, o que se fusionen, se presenta como un efecto esencial del que no puede prescindirse si la operación quiere ser calificada bajo el supuesto de hecho que el RESE contempla como fusión. La extinción es una consecuencia consustancial al proceso de fusión, pero que dogmáticamente no excluye la posible participación en la misma de sociedades en liquidación si no ha comenzado el reparto de su patrimonio entre los socios (así la III Directiva permite que la legislación de un estado miembro lo pueda prever —arts. 3.2 y 4.2—). No parece que el silencio del RESE al respecto haya querido expresar una exclusión de tal posibilidad, en cuanto que no se encuentra fundamento para sostenerlo en la propia finalidad económica de la fusión para constituir una SE, ni el ámbito dogmático, y en consecuencia habría que admitirlo por tratarse de una materia no regulada, siempre que así lo hiciera el ordenamiento al que está vinculada alguna de las sociedades que se fusionan y dentro de los límites que al respecto fija la citada III Directiva (art. 18).

El RESE contempla la fusión no sólo como un instrumento para la concentración de organizaciones empresariales que desarrolla para ello los efectos que le son propios, sino también como una de las posibles técnicas jurídicas de creación de la SE como un nuevo tipo societario. Se trata de dos funciones complementarias e interrelacionadas y que se producen de forma simultánea. La fusión significa, en definitiva, el desenvolvimiento de la eficacia típica de esta figura, pero en el marco de un proceso diseñado para constituir una SE como un nuevo tipo de «sociedad europea». Es cierto, no obstante, que este efecto no se daría en el supuesto en el que la fusión se produjera por la absorción de una SE ya existente de otras SA nacionales o incluso de otras SE ya constituidas.

La interrelación de estos dos aspectos se pone de relieve cuando el RESE contempla la constitución de una SE, o la conversión de la SA absorbente en una SE, como uno más de los efectos que se producen junto a los que son inherentes a toda fusión (art. 29). En este sentido puede pensarse que la fusión

para constitución de una SE es un instituto cerrado con sus propios principios ordenadores que desplazan la aplicación de la figura de la transformación a pesar de que para los socios de las sociedades que se extingan se produzca una modificación estructural del tipo societario. En todo caso es difícil afirmar que el nuevo tipo de SE constituye realmente una «auténtica Sociedad Anónima Europea» en cuanto que carece de un régimen sustantivo completo, más bien podríamos decir mínimo, y su régimen de fuentes la vincula en una enorme medida al derecho nacional en el que tiene su domicilio (39).

El desencadenamiento de las consecuencias de la fusión y del simultáneo nacimiento de la SE requieren de la inscripción registral de esta última para que unas y otras puedan producirse (art. 27), en consonancia con la exigencia general del carácter constitutivo que la inscripción tiene para que la SE pueda nacer con plena personalidad jurídica (arts. 12 y 15). Sin embargo, el que la fusión suponga una modalidad de constitución de una SE no equivale tampoco a su identificación con lo que es un procedimiento ordinario de constitución de una sociedad de capital a pesar de que la inscripción tenga carácter constitutivo para su nacimiento en todos los supuestos. La constitución ordinaria de una SE sólo se contempla en el RESE en lo que se refiere a la creación de una SE como filial, y aún así con sus propias peculiaridades (arts. 2.3, 35, 36). Y esta afirmación tiene sus consecuencias en lo que se refiere al tratamiento a dar en un procedimiento de fusión a las diversas figuras que en las sociedades de capital aparecen en el tráfico actuando con anterioridad a su inscripción registral, como al control de legalidad de la escritura de fusión para creación de la SE que se constituye, tal y como habrá ocasión de exponer al estudiar la inscripción de la fusión.

II.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUSIÓN PARA CONSTITUCIÓN DE UNA SE

No parece dudoso el admitir que el RESE ha querido abordar el régimen de la figura de la fusión como un instrumento para constituir una SE, en base a su concepción de un proceso que está estructurado en fases que son interdependientes y de carácter necesario para la plena producción simultánea de los efectos de la fusión y constitución de la SE. La importancia de la presencia del procedimiento se desprende de sus propios preceptos, que desde un primer momento, al regularla, manifiestan que la fusión «podrá realizarse bien con arreglo al procedimiento de fusión por absorción... bien con arreglo al procedimiento de fusión por constitución...» (art. 17), a pesar de que la remisión que para fijar su contenido hace de los mismos a la III Directiva, lo sea a preceptos (arts. 3.1 y 4.1) que se refieren a la descripción de los efectos

(39) VELASCO SAN PEDRO, *ob. cit.*, pág. 490.

y para nada a lo que podríamos llamar procedimiento y fases de su desarrollo. La referencia expresa al «procedimiento» es además continua a lo largo del articulado como base del régimen que presenta, y se concreta en la distribución que el RESE lleva a cabo de las diferentes «partes del procedimiento de fusión» al separar entre la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad (art. 25.1) y la correspondiente a la realización de la fusión y constitución de la SE (art. 26.1) a efectos de realizar el control de legalidad con arreglo al instituto encargado de ella y a la legislación aplicable al respecto.

La fusión para constituir una SE se presenta, en consecuencia, como un procedimiento unitario que, aunque puede revestir modalidades distintas (fusión por absorción y para constitución), requiere el cumplimiento necesario de diversas fases que se presentan con carácter interdependiente, a fin de que puedan desarrollarse unos efectos que alcanzan a todas las sociedades que participan y que producen como resultado la creación de una SE. El procedimiento establecido supone la interdependencia en la actuación de las sociedades participantes en la consecución del resultado, y los efectos que atañen simultáneamente a todas ellas no se entienden sin la presencia en el mismo de un negocio que las vincule.

La técnica empleada en el RESE de no dar un régimen sustantivo y completo de la figura con idéntica aplicación para todas las sociedades que participan, sino de establecer una actuación paralela de las mismas con un mínimo régimen sustantivo de aplicación común y cuyas ausencias quedan remitidas en su regulación a los ordenamientos de cada una de las sociedades participantes (art. 18), presenta el problema inicial de tener que estructurar como es el proceso y cuáles son las fases que corresponden a cada sociedad. Al igual que determinar cuál es la correspondiente al momento final de realización de la eficacia fusión y del simultáneo nacimiento de la SE.

No parece complejo completar el diseño de la configuración del proceso, ya que permite llevarlo a cabo tanto la remisión que el RESE hace a la III Directiva sobre fusiones nacionales de sociedades anónimas, como a las legislaciones nacionales comunitarias que están adaptadas a ella. El procedimiento se estructura, con independencia de cual haya sido la modalidad elegida, como un proceso compuesto por fases sucesivas y que parte inicialmente de la elaboración de un proyecto de fusión configurado por los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionan (art. 20.1), que deberá ser aprobado por la Junta General de cada una de ellas (art. 23.1), para, finalmente, realizar la simultánea fusión y constitución de la SE (art. 26). La autonomía en la actuación paralela y en la aplicación del régimen de cada sociedad se da en el proceso hasta el momento final de su actuación conjunta, aunque esa forma de proceder se produce, como se irá viendo, con un carácter relativo.

El problema se presenta a la hora de determinar en qué fase del «iter» se encuentra el necesario negocio de fusión que vincula a las sociedades y que justifica la interrelación de los efectos, ya que nada dice el RESE al respecto, y la solución se dificulta por la propia estructura de un modelo basado, esencialmente, en la actuación paralela de sociedades que están sometidas, en lo no regulado, a su propio ordenamiento (art. 18). La conclusión que se adopte es trascendente en cuanto que de cual sea la solución que se adopte va a depender la determinación del momento en el que las sociedades quedan vinculadas de forma tal que no pueden ya libremente separarse del procedimiento de fusión para constituir una SE sin que incurran en incumplimiento.

El RESE ha llevado a cabo la regulación del proceso sobre la base de un contenido mínimo aplicable a todas las sociedades que participan, que a veces tiene un simple carácter voluntario en su adopción por los ordenamientos nacionales, y de posibilitar que en lo no regulado se produzca un tratamiento paralelo y diferenciado de la actuación y del régimen aplicable a cada una de las sociedades en función del ordenamiento al que están vinculadas, pero olvidando que existe un momento del proceso en el que necesariamente han de actuar coordinadamente para vincularse entre sí a través de la necesaria presencia del negocio de fusión. Esta técnica de ausencia de determinación en lo que respecta al momento del proceso en el que el negocio vinculante se manifiesta, no plantea problemas en el modelo de las Directivas, ya que el ordenamiento de cada Estado comunitario elegirá la opción más conveniente y completará las posibles ausencias de régimen, adoptando una solución única de política legislativa que será aplicable a todas las sociedades nacionales que participan en la fusión. Lo que no es plausible, ni factible, cuando se trata de un Reglamento que pretende construir un peculiar procedimiento en el que participan sociedades vinculadas a diferentes ordenamientos nacionales que pueden ofrecer modelos de régimen muy diversos, incluso en lo que se refiere a la determinación de cual sea el momento de vinculación entre las sociedades que se fusionan (40).

La falta de un pronunciamiento expreso en el régimen del RESE con respecto a dónde ubicar el negocio vinculante de fusión, no se puede suplir mediante una solución conflictual que suponga dirimir el problema mediante la aplicación de forma vinculante a todas las sociedades del ordenamiento nacional que es aplicable a una de las sociedades participantes, que es precisamente la solución de la que el legislador comunitario ha querido huir para su aplicación al régimen de la fusión, salvo para lo que supuestos excepcio-

(40) El debate que se plantea en las diversas legislaciones sobre la posible naturaleza del «proyecto» como negocio de fusión o sobre la necesidad de un posterior contrato celebrado entre las diversas sociedades, queda sin sentido cuando se está ante la presencia de una fusión como modalidad constitutiva de una SE. Es aquel un problema circunscrito al ámbito de las fusiones nacionales.

nales que están expresamente indicados (por ejemplo, el art. 25.3). Las propias características del problema imposibilitan también el poder recurrir a una aplicación concurrente de los diversos ordenamientos de las sociedades que participen, ya que se trataría a veces del imposible de armonizar ordenamientos que pueden presentar soluciones diferentes. No es tampoco fácil de aceptar el pensar que el legislador ha querido desregular la materia, dejando a las partes la determinación de cuál pudiera ser el momento determinante del negocio de fusión y por lo tanto el de la existencia del vínculo entre todas las sociedades. Dicha solución supondría un añadido más de dificultades en la interpretación para la determinación de cuál pudiera ser la voluntad de las partes, que podría llevar al modelo de soluciones conflictuales de determinación de cual sea la ley aplicable en el momento en el que se pudiera presentar cualquier problema de interpretación o de cumplimiento, y que es de lo que ha pretendido huir el legislador; al margen de la inseguridad que supondría posibilitar la existencia de fusiones para constituir una SE que podrían también diferir en lo que se refiere al momento de vinculación de las diversas sociedades. Más bien parece que el RESE ha querido dar un modelo legal cerrado en este punto, y en el que la autonomía de la voluntad sólo tenga cabida al respecto en lo que se refiere a determinar cuál sea el contenido propio del negocio de fusión complementando aquellos aspectos que, como mínimo, ha de contener el proyecto de fusión mediante la posibilidad de que las sociedades añadan los elementos que juzguen oportunos (art. 20.2).

La propia naturaleza del negocio de la figura de la fusión delimita cuáles pueden ser, teóricamente, las posibles fases en las que el negocio de fusión se sitúe. El negocio de fusión sólo puede estar ubicado, conceptualmente hablando, o inicialmente en el «proyecto de fusión» (al margen de cual sea la construcción jurídica con la que se lleve a cabo), o al final del proceso, en el momento en el que las sociedades manifiesten conjuntamente su voluntad de quedar vinculadas, y con independencia de que los efectos propios de la fusión se puedan desenvolver en un momento posterior a la celebración del propio negocio que sólo sirve para desencadenar el efecto vinculante.

El RESE ha estructurado el procedimiento de fusión procurando mantener en lo posible, y para todo aquello que no tenga en él un régimen específico, el respeto a los diferentes ordenamientos a los que las SA están vinculadas (art. 18) y a los que se somete la parte del procedimiento que les corresponde en cuanto al control de su legalidad (art. 25.1), pero sin que el negocio de fusión, en su sentido estricto, pueda ser considerado, a estos efectos, una parte del procedimiento que sin estar regulada sólo atañe individualmente a cada SA participante, ya que por su propia naturaleza afecta conjuntamente a todas ellas de forma necesaria.

La posibilidad de considerar al «proyecto de fusión» como el momento procedimental en el que ubicar el negocio de fusión, no se contempla en el

RESE, que sólo manifiesta cuáles han de ser los órganos de cada sociedad encargados de elaborarlo (art. 20.1) y que deberá ser aprobado por la Junta General de cada una de ellas (art. 23.1), pero sin hacer ninguna referencia a su posible naturaleza como negocio, ni presentar la posibilidad de deducirlo del mínimo régimen que presenta. La ausencia en el RESE de régimen suficiente lleva consigo la falta de las mínimas y necesarias referencias legales que permitieran poder determinar su posible naturaleza de negocio de fusión (no existen normas con respecto a la determinación de la posible eficacia vinculante entre los administradores, ni con respecto a la sociedad). Las diversas opciones que al respecto podían tomarse por las distintas legislaciones nacionales, a fin de aplicar una de ellas como solución conflictual, carecen aquí de virtualidad, al igual que, por la propia naturaleza de la figura, se hace imposible, como se expuso, la aplicación conjunta de las diversas soluciones que presentan los distintos ordenamientos implicados. Todo lo cual permite interpretar la intención del legislador comunitario de considerar al «proyecto» tan sólo como un elemento de referencia que sirva para configurar la voluntad de las diversas sociedades participantes a través del acuerdo de sus Juntas Generales que se expresarían conjuntamente en un momento posterior al otorgar todas ellas el documento de fusión para creación de una SE. La contemplación de la norma lleva a pensar que el RESE no ha querido situar el negocio de fusión en el «proyecto de fusión», sino en un momento posterior, considerando al «proyecto» como una parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad que se fusiona y sometido, por lo tanto, a la legalidad y control de sus respectivos ordenamientos.

El RESE tiene como finalidad la instrumentación de la fusión para constituir una SE, en la que es, en definitiva, la «parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE» (art. 26.1). En este sentido hay que tener en cuenta que aquél prescribe que «salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en el que la SE fije su domicilio social» (art. 15.1), a la que además queda sometida a efectos de control de legalidad. El negocio de fusión sería así el que resultase como consecuencia de la coincidencia final de voluntades de las sociedades participantes manifestadas al respecto, en lo que resultaría a la vez el propio negocio que se requiere para la simultánea constitución de la SE, y cuyo control de legalidad se efectuaría según el ordenamiento sobre fusiones de sociedades anónimas del Estado en el que la SE hubiera fijado su futuro domicilio social (art. 26.4), teniendo en cuenta que «la constitución de la SE» se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas» de dicho Estado miembro (arts. 15.1 y 26.4).

El negocio de fusión estaría, por lo tanto, situado en el régimen que el RESE organiza para crear una SE, en el momento de coincidencia de las

voluntades societarias en el documento público que permite su posterior acceso al Registro pertinente a efectos de la simultánea constitución de la SE y con el desenvolvimiento de los efectos que son propios a la fusión (arts. 12.1, 16.1, 27.1) (41). Sin olvidar que la simple existencia del documento público requerido para su inscripción (art. 2.1.a, I Directiva 68/151/CEE) no hace surgir en la fusión los mismos efectos que resultarían si se tratase de constituir una sociedad por un procedimiento ordinario. Es necesario volver a recordar aquí que el negocio jurídico de constitución de una SA no es equiparable en sus efectos a los que se desencadenan cuando se está ante un procedimiento de fusión, ni siquiera aunque con él se pretenda también crear una sociedad en cuanto que ambas figuras, en pura técnica jurídica, no son identificables aunque tengan innumerables puntos de conexión.

IV. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO

El RESE configura su régimen sobre el modelo del procedimiento de fusión que la III Directiva establece y, en consecuencia, estructurándolo en una serie de fases interrelacionadas (así se deduce no sólo del hecho de sus genéricas remisiones a la III Directiva, sino también del propio método de regulación elegido, de mínima regulación sustantiva y de aplicación subsidiaria de las legislaciones nacionales a cada sociedad, pero que se basa precisamente en la homogeneidad existente en base a ella entre las diversas legislaciones comunitarias). Estas fases son las correspondientes al «proyecto de fusión», a «los acuerdos de las respectivas Juntas Generales», y a la de la efectiva constitución de la SE por cualquiera de las modalidades de fusión elegidas. Y es el control de este procedimiento el que refleja, precisamente, la citada construcción de la fusión como proceso al expresar que «para la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad que se fusione, el control de legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable al Estado miembro de su domicilio» (art. 25.1), mientras que «la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE» se realizará bajo el control de legalidad de la autoridad pertinente y la legislación del Estado miembro del domicilio social (art. 26).

(41) AMBROSIANI llega a esta misma solución de un necesario «contrato de fusión» final. «Società Europea e fusione internazionale (seconda parte)», en *Le Società*, núm. 12/2002, pág. 1504.

IV.1. EL PROYECTO DE FUSIÓN Y LOS INFORMES

El RESE, al abordar las diferentes fases del procedimiento, comienza regulando el «proyecto de fusión» sin prestar ninguna atención a la posible significación jurídica de las actuaciones previas que se concretan en los llamados «protocolos de la fusión». Y lleva a cabo la regulación de esta parte del procedimiento de una manera incompleta y dispersa, prestando atención únicamente a determinados aspectos, de forma que, en algún caso, ofrece dudas con respecto a cual sea la valoración que haya de darse a los silencios existentes en él.

La regulación se circunscribe a señalar la necesidad de la presencia de un «proyecto de fusión» con un contenido necesario que elaborado por los órganos de dirección o de administración de todas las sociedades participantes (art. 20), puede ser objeto de un informe único realizado por uno o más peritos independientes (art. 22) y deberá aprobarse por la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionan (art. 23.1). Una copia del «proyecto» deberá, además, de ser enviado por cada una de aquéllas a la autoridad que sea la pertinente, según el ordenamiento del futuro domicilio de la SE para su correspondiente control de legalidad a fin de hacer posible la realización final de la fusión y de su simultánea constitución (art. 26.2).

La carencia de régimen suficiente requerirá, en función del sistema de fuentes previsto al respecto (art. 18), la aplicación complementaria y con carácter subsidiario del ordenamiento que es aplicable a cada una de las diversas sociedades participantes en lo que sea conforme con la III Directiva (art. 25). El problema se resuelve inicialmente en sus grandes rasgos, sin grandes dificultades en cuanto a la necesidad de aplicación del régimen en todo aquello que, exigido por la III Directiva, ha sido recogido por los diversos ordenamientos nacionales comunitarios de cada sociedad. Lo que no siempre es fácil de determinar es si el RESE ha querido regular esta fusión de forma diferente, en algunos aspectos, al modelo que la citada Directiva ofrece y recogen los ordenamientos nacionales de los Estados comunitarios, de manera que cuando aparece un silencio pueda entenderse que no se está realmente ante una laguna sino ante un sistema cerrado; igualmente se hace necesario clasificar qué sucede con respecto a la regulación de aquellos aspectos que siendo particulares exigencias nacionales no lo son, sin embargo, de la III Directiva, ya que se presenta la duda sobre la necesidad de su necesaria inclusión en los «proyectos de fusión» en los que las sociedades afectadas participen. No puede olvidarse tampoco, lo insatisfactorio de un régimen de remisión al ordenamiento de cada sociedad en aquello que el RESE no regule cuando se trata del «proyecto de fusión», ya que en torno a él no se producen estrictas actuaciones individuales por parte de cada sociedad, sino que con frecuencia son comportamientos que requieren de una

colaboración conjunta para que, paradójicamente, cada una pueda cumplir con lo preceptuado por su propio ordenamiento.

IV.1.1. *Referencia general al contenido del «proyecto» y en especial a la «relación de canje»*

El contenido mínimo exigido para el «proyecto de fusión» (art. 20.1) es coincidente, en lo esencial, con el que indica la III Directiva y la mayoría de los Estados miembros, y a él, acertadamente, se ha añadido la exigencia de que también figuren los «estatutos de la futura SE» y la «información sobre los procedimientos mediante los cuales se determine las condiciones de implicación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2001/86/CE». Dicho contenido nos parece que ha de interpretarse de forma que exima de la obligación de incluir necesariamente en el mismo otras posibles exigencias que puedan imponer alguno de los posibles ordenamientos implicados a las sociedades que dependan de ellos. El «proyecto» ha recogido un contenido mínimo y suficiente, pero sin que, a nuestro entender, sea también necesario que el mismo deba de completarse con aquellos otros datos que las legislaciones nacionales puedan exigir además (42). Una cosa es afirmar que la voluntad de las sociedades participantes puedan completar el contenido del proyecto, y otra el pensar que el RESE establece un proyecto con un contenido mínimo «que ha facultado a los legisladores nacionales para que incorporen rúbricas adicionales, imperativas según los regímenes de cada Estado» (43). La consideración del RESE en este punto como un texto cerrado permite sostener que no es necesario el tener que respetar las diversas exigencias que se puedan derivar de los diferentes ordenamientos implicados, aunque el contenido del «proyecto» queda en gran parte pendiente en su especificación de cual sea la concreta voluntad de las sociedades intervinientes al respecto en una determinada fusión (así por ejemplo, la forma de entrega de las acciones, la fecha a partir de la cual dan derecho a participar en beneficios, etc.), y puedan además introducirse en él los elementos que se estimen oportunos (art. 20.2). La interpretación restrictiva que se sostiene evita el tener que recurrir a un cumplimiento acumulativo del contenido que al mismo puedan imponer los diferentes ordenamientos implicados y se añade

(42) Recuerda SAGASTI como la propuesta de X Directiva sobre fusiones transfronterizas establece expresamente un número cerrado de indicaciones en el «proyecto», aunque por remisión a la III Directiva 78/855/CEE (art. 5.1), *ob. cit.*, pág. 136.

(43) ASÍ LARGO GIL, *ob. cit.*, pág. 125. Sobre una exposición del concreto contenido mínimo y máximo del proyecto de fusión de la SE, vid. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos», *RDM*, núm. 246, octubre-diciembre de 2002, pág. 1821 y sigs.

seguridad jurídica en torno a la certeza en determinación de cual sea el contenido necesario.

Se entiende así que el modelo de «proyecto» es único y suficiente para todas las sociedades participantes, evitando con esta interpretación el tener que recurrir a la técnica de un cumplimiento acumulativo de todos ellos y se añade seguridad jurídica y certeza en la exactitud de su elaboración, sin perjuicio de que, como se dijo, en virtud de tratarse de un texto abierto, las sociedades puedan añadir además aquellos elementos que consideren oportunos (art. 20.2), al igual que cumplimentar su contenido de la manera que juzguen más conveniente. La anterior afirmación requiere sin embargo ser ponderada en función del hecho de que el resultado del procedimiento de fusión tiene por finalidad la creación de una SE, y que ésta ha de respetar no sólo el régimen de fuentes que el propio RESE establece (art. 9), sino que además ha de partirse de que «la constitución de la SE se ajusta a las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro del domicilio social, conforme a lo dispuesto en el artículo 15» (art. 26.1.4). Lo que, lógicamente, condiciona cuál sea el desarrollo que ha de darse a los diferentes aspectos que configuran el contenido del «proyecto», y muy especialmente en referencia a «los estatutos» de la SE resultante que acertadamente se ha incluido en el contenido necesario de aquél (art. 20.1.h).

Una especial trascendencia tiene la afirmación, hecha en su momento, sobre la consideración que el RESE parece dar al contenido del «proyecto» considerándolo como excluyente del contenido que puedan imponer los ordenamientos a los que están sujetos las sociedades implicadas, cuando dicha afirmación se pone en relación con respecto a la determinación de la «*la relación de canje*». Si no se partiera del criterio expresado, y al poder existir ordenamientos que condicionan cuáles son los criterios para llevarla a cabo, éstos requerirían ser respetados en base a un método de aplicación acumulativa de ordenamientos, a la vez que se imposibilitarían fusiones en las que los criterios de valoración fueran incompatibles. Todo lo cual se evita con la interpretación de interpretación excluyente que se ha mantenido.

El RESE indica simplemente que el «proyecto» ha de contener la relación de canje», mientras que algún ordenamiento señala criterios concretos (así el nuestro indica que «se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social» —art. 235.b LSA—) (44), estableciendo una diferenciación que apa-

(44) La exigencia legal de nuestro ordenamiento, que no viene impuesta por la III Directiva ni tiene paralelo con otros ordenamientos, ha dividido a la doctrina entre aquéllos que, con más o menos rotundidad, consideran que la mención legal es la expresión de la existencia de un límite imperativo a la voluntad de las sociedades que participan y que sirve para el mantenimiento del valor real patrimonial de la posición de socio; y la de aquellos otros que, también desde diferentes posiciones, sostienen la permisividad de nuestro ordenamiento en orden a la elección del método para calcular cual sea el valor

rentemente puede tener una gran relevancia. Aunque el tema se trae en este momento por razones de oportunidad sistemática de la exposición, la trascendencia del problema se manifiesta también en el momento posterior de celebración de los acuerdos de las juntas sobre el proyecto, en orden a considerar la posible ilegalidad de los mismos cuando recaigan sobre una relación de canje libremente elaborada a pesar de la presencia de ordenamientos que la condicionaran en su determinación a la necesaria consideración de determinados parámetros. En aplicación del RESE se considera que, con que conste la relación de canje que haya sido elaborada con criterio de racionalidad económica es suficiente a fin de que se proceda a una adecuada calificación para su depósito registral, puesto que aquélla no cae ni sobre la técnica empleada, ni sobre su adecuada valoración. Entendemos, en consecuencia con lo dicho, que la falta de adjetivación a la necesaria relación de canje que ha de figurar en el proyecto de fusión, no significa la existencia de un silencio que lleva a que a cada sociedad se le aplique la solución de su propia legislación con las dificultades que ello supondría al tener que recurrir a la aplicación acumulativa de lo prescrito en cada ordenamiento nacional. Se considera, por lo tanto, que la mención del RESE de que en el «proyecto de fusión» se contenga la «relación de canje» (art. 20.1.b) sin más precisiones, es un mandato legal de contenido sustantivo que regula suficientemente la materia y desplaza la aplicación de los ordenamientos nacionales. Y ello al margen de lo adecuado de la solución aportada por el RESE por su coherencia con las dadas en la mayoría de otros ordenamientos, y de lo pertinente de adoptar una solución uniforme para todas las sociedades participantes que facilite un procedimiento que permite, además, que su ajuste se haga en cada caso conforme a las técnicas operativas más adecuadas de cálculo de valor de las sociedades. La redacción dada por el RESE supone un mandato normativo completo que posibilita la utilización de aquellos criterios que se consideren más óptimos para configurar una adecuada relación de canje cuando se está ante el supuesto de fusión que él contempla para constituir una SE. La exigencia se concreta únicamente en que la relación de canje sea pertinente y razonable, de forma que pueda justificarse adecuadamente (45).

de cada sociedad a efecto del cálculo de la relación de canje, sin que el mencionado requisito legal vaya más allá de significar la necesidad de que el tipo de canje se efectúe sobre «la base del valor real del patrimonio social», pero admitiendo cualquier criterio de cálculo en la valoración de las diversas sociedades y siempre que esté adecuadamente justificado (arts. 236 y 237). Es esta última solución la que a mi parecer ha de ser adoptada en una adecuada interpretación del Reglamento ante el silencio que a estos efectos se efectúa en el mismo.

(45) El propio RESE admite esta flexibilidad cuando indica con respecto a la creación de una SE holding, que el informe de los peritos «deberá indicar las dificultades especiales de evaluación y declarar si la relación de canje... es pertinente y razonable y

Ahora bien, el que en el «proyecto de fusión» para la constitución de una SE pueda establecerse una solución, razonable en términos económicos, acordada entre las diversas sociedades participantes para calcular la respectiva participación de cada una en el patrimonio total resultante, y en consecuencia fijar cuál sea el tipo de canje que proporcionalmente le corresponda en la nueva cifra de capital resultante para la atribución directa de acciones a los socios, no significa, en ningún caso, que pueda quebrarse la posición del socio en relación con la que venía manteniendo con los demás consocios de la sociedad que se extingue. El principio de la igualdad de trato de los socios en la fusión se estructura como un principio configurador del derecho de sociedades de capital que no posibilita alterar en una fusión con resultado de SE el criterio de atribución de acciones en proporción a aquellas que detentaba, a pesar de que nada diga el RESE cuando sólo indica que «los accionistas de la sociedad absorbida, o de las que se fusionen, se convertirán en accionistas de la absorbente o de la nueva SE (art. 29.1.2).

El RESE no ha querido, sin embargo, imponer tampoco de forma absoluta el criterio del acuerdo mayoritario adoptado por las Juntas Generales en la adopción de la relación de canje, y ha establecido la posibilidad de que los ordenamientos de los diferentes Estados puedan establecer un procedimiento para compensar al accionista minoritario que esté disconforme por no recibir una adecuada compensación a cambio de lo que supone la alteración de su posición de socio (art. 25.3), contemplando un posible amparo del accionista minoritario, sobre el que se hablará al abordar el estudio del control final de la legalidad del procedimiento de fusión.

IV.1.2. *El régimen aplicable*

El régimen jurídico en torno al «proyecto de fusión» es por lo demás, es decir en lo que no respecta a su contenido, escaso y limitado a muy concretos aspectos. Lo que requiere el tener que recurrir subsidiariamente al modelo de remisión diseñado por el RESE que implica aplicar a cada sociedad participante su propio ordenamiento en lo que haya de actuación diferenciada, aunque en paralelo, de cada una en relación con el «proyecto», si bien se deba tener en cuenta la inaplicación de aquellos contenidos normativos de la legislación nacional que se justifican en la conformación

señalará también qué métodos se siguieron para su determinación y si dichos métodos son adecuados en el caso concreto de que se trate» (art. 32.5). AGUILÓ PEÑA parece mantener la exigencia de que la relación de canje deba fijarse «sobre la base del valor real del patrimonio social», aunque sin expresar cuáles sean los argumentos al respecto, y prestando una considerable atención a la importancia que al respecto tiene el fondo de comercio, *ob. cit.*, pág. 1822 y sigs.

del proyecto de fusión como el momento del procedimiento en el que se ubica el negocio de fusión.

La aplicación paralela e individualizada a cada sociedad de sus respectivos ordenamientos es, sin embargo, sólo tendencialmente factible con respecto al «proyecto», puesto que si bien es verdad que a cada sociedad se le aplica su propio ordenamiento, es también cierto que se necesitará, en algún caso, la colaboración necesaria de las demás sociedades para que esto sea posible (por ejemplo, envío de información en torno al informe de administradores y de los expertos sobre el proyecto de fusión), requiriéndose necesariamente de ellas determinados comportamientos incluso aunque sus respectivos ordenamientos no les impongan. En este sentido solo ponderadamente y con cierta relatividad, se puede sostener la afirmación de que el modelo del RESE obvia la aplicación concurrente, o simplemente acumulativa, de todas las legislaciones, en cuanto que se hace necesaria una actividad coordinada de todas las sociedades, en lo que supone para todas ellas el tener que cumplir, a veces, con aspectos exigidos por la legalidad de las otras sociedades intervinientes si se quiere que éstas cumplan adecuadamente con la suya propia. En todo caso, la figura del «proyecto de fusión», en cuanto que es un instituto sobre el que simultáneamente actúan todas las sociedades, debería de haber sido objeto de un régimen unitario que eliminase la posibilidad de que se presenten proyectos de fusión diferenciados en su tratamiento jurídico aunque esta diferenciación no se dé con respecto a su contenido esencial en virtud del criterio interpretativo que se ha sostenido con anterioridad.

El RESE prescribe que «los órganos de dirección o de administración de las sociedades que se fusionen elaborarán un proyecto de fusión» (art. 20.1), pero sin precisar más al respecto. Esta afirmación, que atiende a la existencia de los diferentes sistemas dualistas y monistas para la atribución de la competencia, parece querer expresar por razones de lógica y de coherencia con el sistema diseñado, que el proyecto de fusión deberá ser redactado por escrito en las diversas lenguas oficiales de las sociedades que se fusionen y que será suscrito por el órgano respectivo de cada sociedad en función de cual sea el sistema de administración al que esté adscrita. En todo caso habrán de ser los órganos respectivos de todas y de cada una de las sociedades participantes quienes lo hagan, si bien las exigencias con respecto al modo en el que habrá de realizarse, y en el que la voluntad de sus miembros habrá de expresarse, dependa de cada ordenamiento, y puedan diferir de uno a otro. Lo que indudablemente trascenderá a efectos de la admisibilidad de su depósito y posible calificación positiva por parte de la autoridad que corresponda (art. 25.1). No son anudables, sin embargo, al hecho de las firmas de los miembros del órgano pertinente, las consecuencias jurídicas de los respectivos ordenamientos nacionales que puedan incidir en la consideración del «proyecto» como la fase en la que se sitúe el negocio de fusión, o derivarse

de esta calificación, en virtud de las razones que se dieron al respecto en torno a la carencia de tal naturaleza que aquél tiene en el régimen de fusión que ofrece el RESE.

Al no decir nada sobre la forma o el cumplimiento de determinadas solemnidades sobre la fehaciencia de las firmas, parece que el «proyecto» habrá de formalizarse según las exigencias propias del ordenamiento al que cada una de las sociedades esté vinculada, si bien dichas formalidades deban de ser cumplimentadas por todas ellas al margen de lo que para cada una indique el suyo propio.

El RESE no introduce tampoco ninguna especificación en lo que se refiere al depósito y a la publicidad del «proyecto de fusión» en concreto, limitándose a indicar la necesidad de que por cada sociedad se publiquen determinados «datos relativos a cada una de las sociedades que se fusionan», en el *BOE* «donde esté registrada la sociedad de que se trate» (forma, denominación, y domicilio de las diversas sociedades, registro en el que están inscritas, condiciones del ejercicio de los derechos de los acreedores y accionistas minoritarios disconformes y dirección donde puede recogerse una información sobre ellos, denominación y domicilio social previsto para la SE), y sin perjuicio de los requisitos adicionales impuestos por dicho Estado (art. 21). Estos datos son contemplados como una información ajena al contenido necesario del «proyecto» y sin que la necesidad de su publicación venga expresamente vinculada a él, aunque sí lo estuviera en anteriores proyectos de RESE. Lo que no significa el tener que entender que estas exigencias hayan desplazado el requisito del necesario depósito y publicación del «proyecto de fusión» y su cumplimentación por cada sociedad, tal y como la III Directiva prescribe (art. 6) y recogen los diversos ordenamientos comunitarios, sino que lo complementan. Se mantiene, en definitiva, para cada sociedad participante, el deber de cumplir con el marco de publicidad del «proyecto de fusión» que sea propio del ordenamiento nacional del que dependa, al que se añade la exigencia complementaria de publicación de los citados datos que no está sujeta en el RESE a la necesidad de que se realice procedimentalmente en conexión con alguna fase concreta del proceso.

La publicidad en el Boletín Oficial del Estado miembro que corresponda de los datos relativos a cada una de las sociedades que se fusionan tiene una diferente finalidad en razón de cuáles sean los datos sometidos a ella. Algunos van dirigidos a dar a conocer con carácter general la identidad de las sociedades participantes y de la SE resultante, así como sus datos registrales, a fin de posibilitar una información complementaria sobre las mismas, mientras que hay otros que van destinados a reforzar el conocimiento de los derechos que en el proceso tienen determinados sujetos que pueden ver significativamente afectados sus intereses (acreedores y accionistas minoritarios disidentes).

La exigencia de publicidad existente con respecto a «las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios, de la sociedad de que se trate de conformidad con el artículo 24, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones» (art. 21.c y d) plantea, sin embargo, algún problema de comprensión con respecto a cual sea el alcance que se ha querido dar, sin que se entienda tampoco la razón de la exclusión de otros sujetos que están en similar situación, como es el caso de los obligacionistas y de los tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales (art. 24.1.b y c). Esta exigencia de publicidad de «las condiciones de ejercicio de los derechos» pueden venir referidas, en un sentido amplio, tanto a las técnicas concretas de amparo que los diferentes ordenamientos nacionales ponen a su disposición en las fusiones, y que además en el caso de los accionistas minoritarios disidentes pueden no existir, como al específico derecho de información existente en el régimen de una fusión y que suele integrarse con el derecho a la recepción gratuita de la pertinente documentación. El primer aspecto no sería otra cosa que una reiteración hecha a través de un instrumento oficial de publicidad de las que son, con carácter general, las técnicas legales de amparo de derechos que los ordenamientos nacionales establecen en aras de una teórica utilización de los mismos (46), mientras que el segundo supondría la explicitación de la concreta disponibilidad del derecho de información que ya existe a su favor y de cuáles son las formas de su efectivo ejercicio en torno a un concreto procedimiento de fusión que ya está en marcha.

La ausencia de la necesidad de ubicación de la mencionada publicidad oficial en una determinada fase del proceso posibilita el que los ordenamientos nacionales la pueden adaptar, de la forma que estimen más adecuada, al momento en el que procedimentalmente dichos intereses vengán contemplados en relación con la celebración de la Junta General de la sociedad que decide sobre la fusión (47).

(46) Es cierto, no obstante, que el amparo de los accionistas minoritarios de una sociedad requiere, como habrá ocasión de exponer, que las demás sociedades lo acepten explícitamente al aprobar el proyecto de fusión (art. 25.3 RESE).

(47) A estos efectos se plantea un doble problema en torno a dónde se debe de realizar la publicación en nuestro ordenamiento y en qué momento del proceso de fusión para constituir una SE en la que participe una SA española. Se trata, en definitiva, de ver cómo cumplir con el mandato de publicidad que hace el Reglamento (art. 21), pero intentando ver si es factible el posibilitar su encaje en el sistema ya existente a fin de evitar, en lo posible, un régimen de fusión diferenciado, según se trate de una fusión nacional, o de una fusión para constituir una SE, y que las disposiciones que, en su caso, fueran necesarias para garantizar la aplicación del Reglamento (art. 68.1) lo alteren mínimamente.

No parece ofrecer excesivas dudas el considerar que el *BORM* puede cumplir a estos efectos la exigencia de publicidad a través del *BOE* miembro (art. 21 RESE), no sólo por la similitud a estos efectos de la función que aquél cumple, sino también por su identidad

IV.1.3. *Los informes sobre el «proyecto de fusión»*

El RESE ha permanecido ajeno casi por completo al régimen de los *informes necesarios sobre el proyecto de fusión* que corresponde realizar, de un lado al órgano de administración o de dirección, y de otro a los expertos independientes, tal y como recogen las diversas legislacio-

con el *BOE* en lo que es su vinculación a efectos formales administrativos (423 RRM). El problema de fondo es el de dónde ubicar la requerida publicidad en el procedimiento de fusión de nuestro ordenamiento, que es además el aplicable en lo no regulado por el RESE.

La solución más sencilla, por su claridad, podría venir de la adición al contenido del «proyecto» de alguno de los elementos, al que sería necesario añadir la exigencia de que contuviera «los estatutos» de la nueva sociedad que se constituya, y proceder a la publicación del mismo en el *BORM*. Lo que supondría tener que efectuar una modificación de nuestro ordenamiento que afectara no sólo al contenido del «proyecto de fusión», sino también del modo actual de su publicidad que es llevada a cabo en el *BORM* mediante una simple constatación del hecho de su depósito registral y de la fecha del mismo (art. 226.3 RRM). No obstante, para respetar la actual estructura de nuestro sistema, sin efectuar grandes cambios de adecuación para cumplir lo requerido por el RESE (art. 21), se puede optar por entender que la publicación de los datos identificadores de las sociedades participantes podría considerarse incluida en el marco de la publicidad de la convocatoria de la junta en el *BORM* (art. 240.2 en relación con el art. 97 LSA), que ha de incluir las menciones mínimas legalmente exigidas para el proyecto de fusión y el derecho que corresponde a todos los accionistas y a otros sujetos habilitados, de examen y obtención íntegra gratuita del texto de la documentación pertinente (art. 240.2 LSA). Mientras que las exigencias publicitarias, referidas a los derechos de los accionistas minoritarios disidentes y a los acreedores, podrían ubicarse en el momento posterior de la publicación del acuerdo de fusión en el *BORM*, ya que es en él donde se hace constar tanto el derecho que asiste a los accionistas y acreedores a obtener el texto del acuerdo (art. 242 LSA) como el derecho de oposición de acreedores, en cuanto técnica *ex post* de protección (art. 243.2 LSA). Teniendo en cuenta la necesidad, si se estima oportuno, de introducir una referencia con respecto al derecho de los accionistas minoritarios disconformes, así como una explicitación sobre cuáles son las condiciones del ejercicio de sus derechos y la dirección donde pueden obtener una información exhaustiva al respecto; pero sin olvidar que nuestro ordenamiento no tiene un régimen específico de protección en la fusión de los accionistas minoritarios disidentes y que el RESE no lo impone, sino que deja a los Estados miembros la posibilidad de adoptarlo (art. 24.2 RSE). En consecuencia, sólo la consideración de política legislativa de introducir dicha protección, sea con carácter general para toda fusión o bien lo sea sólo para las fusiones con resultado de SE, justifican la necesidad de introducir también la correlativa publicidad del derecho que les asiste y de las condiciones de su ejercicio. Salvo que se estime que nuestro ordenamiento admita esa protección a través del derecho de separación que, aunque no se regule, tendría cabida si se introduce negocialmente en la específica fusión de que se trate, y también si el resultado es una SE con participación de una SA española. Lo que entonces haría necesaria su publicación en los términos descritos. En todo caso conviene recordar que la publicidad de los datos requeridos por el RESE (art. 21) se efectúa por cada sociedad participante, pero en algún caso se refiere a los que corresponden a todas y cada una de las sociedades intervinientes, de forma que el cumplimiento de la SA con las exigencias pertinentes de publicidad exigirá la necesaria colaboración con ella de las demás sociedades participantes, a fin de que pueda cumplir sus obligaciones legales.

nes en orden a su adaptación a la III Directiva (arts. 9 y 10). El RESE, tomando como referencia el artículo décimo de la III Directiva, sólo hace mención a la posibilidad de que «como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes... designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionan o la futura SE, podrán estudiar el proyecto y redactar un informe único destinado a la totalidad de los accionistas», y al reconocimiento de que «los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido» (art. 22). El silencio es absoluto, sin embargo, en lo que respecta al informe explicativo que compete realizar al órgano de dirección o de administración de las sociedades que se fusionan sobre los aspectos jurídico y económicos del proyecto fusión.

El silencio que el RESE ofrece con respecto al informe del órgano de administración o de dirección no puede significar en ningún caso el que se haya prescindido de su presencia. La imprescindible función informativa que cumplen en relación con el proyecto de fusión y su carácter de complementariedad con el informe de los expertos independientes serían razones más que suficientes para sostenerlo. Pero es que el hecho de que sea una exigencia establecida en todos los ordenamientos y que procede de su adaptación a la III Directiva, supone la necesidad de su presencia en el procedimiento de fusión para constituir una SE en virtud del juego de fuentes que el RESE establece y que determina la aplicación a las SA participantes de sus ordenamientos en todo lo que no esté contemplado por aquél (art. 18). Y en este sentido abunda la excepcionalidad con la que su ausencia se admite expresamente en los supuestos de fusiones de sociedades participadas, y en el hecho de su presencia en otras modalidades de creación de una SE (48).

El RESE no ofrece, en este caso, un diseño de modelo diferente, sino que simplemente se trata de una laguna que en virtud del sistema de fuentes que aquél contiene para la fusión (art. 18) se cubrirá por la aplicación de cada ordenamiento nacional afectado, sin que se vea ninguna razón que justifique esta omisión como una excepción a la exigencia que

(48) El informe que el órgano de administración o de dirección ha de realizar sobre el «proyecto de fusión», sí aparece como una imposición expresa en torno a otras modalidades de creación de una SE (así, por ejemplo, en el supuesto de creación de una SE holding —art. 32.2—, o en el de transformación de una SA ya existente en una SE —art. 37.4—), sin que se entienda por qué habría de ser necesario con respecto a determinadas modalidades de creación de una SE y no con respecto a otras, como sería el caso de la fusión.

al respecto recogen las diversas legislaciones comunitarias en cumplimiento de su necesaria adaptación a la III Directiva sobre fusión de sociedades anónimas.

El régimen establecido por el RESE en materia de informes (tanto el referido al que ha de realizar el órgano de dirección o de administración de cada sociedad que se fusiona como al de los expertos independientes) parte pues, en principio y ante la insuficiencia o carencia específica del mismo, de la aplicación a cada sociedad de su propio ordenamiento nacional (art. 18). El régimen del ordenamiento nacional al que está sometida cada sociedad será por lo tanto el que establezca frente a ellas, en el marco del respeto necesario a la III Directiva, cuál es el perfil y estatuto de los sujetos que los elaboran, cuál sea su contenido y eficacia, y cuál el momento de su elaboración y publicación en el marco del procedimiento. Ante la ausencia de régimen se ha perdido la posibilidad de que el RESE solucionase algunos de los problemas de interpretación que las diversas legislaciones habían presentado con respecto a su adaptación a la III Directiva, y en especial los referidos al proceso de designación de expertos a efectos de una mayor autonomía con respecto a las sociedades, en relación con el discutido contenido de los informes, por lo limitado e impreciso con que se presenta, y con su trascendencia, así como con la posibilidad de una cierta flexibilización en su exigencia tal y como efectúan algunos ordenamientos nacionales para determinados supuestos; y sobre todo si su función está vinculada sólo con la exigencia de una clara información del accionista con una especial incidencia en la relación de canje, o con la necesidad de una clara justificación de la adecuación de la operación a la satisfacción del fin social. Este podría ser el momento oportuno para su solución, aprovechando la necesidad de modificaciones legales y de elaboración de disposiciones para poder hacer efectiva la operatividad del RESE.

La anterior afirmación de que en materia de informes se procede a una aplicación paralela e independiente de los diferentes ordenamientos a los que están sujetas cada una de las sociedades que se fusionan requiere ser además precisada para relativizarla. Esta matización supone indicar que la obligación que existe para cada sociedad de tener que cumplir con las exigencias de elaboración de sus propios informes, se le impone también la necesidad de tener que colaborar entre sí, cumpliendo con el envío respectivo de los mismos de unas a otras, a fin de que se pueda satisfacer el deber que tiene cada sociedad de proporcionar una información suficiente con anterioridad a sus individuales Juntas Generales y que requiere la presencia de los informes de todas y cada una de las que se fusionan, lógicamente cuando existen varios, antes de que se pronuncien sobre la fusión proyectada (art. 11.d y e III Directiva). Es probable, además, que cuando algún ordenamiento atribuya a los informes algún efecto más allá del puramente informativo, puede ser

que esta eficacia trascienda también, en algún caso, sobre el conjunto del proceso de fusión (49).

Al RESE le ha preocupado estrictamente el indicar la existencia de una doble posibilidad en orden a la elaboración de los informes por los expertos independientes, de forma que junto al supuesto de que puedan existir múltiples informes en función de su elaboración individualizada para cada una de las sociedades participantes, presenta como alternativa, la existencia de «un informe único» para todas. La elaboración de un informe único está sometido a la doble exigencia de una petición conjunta de todas las sociedades y de que el perito independiente (uno o varios) sea nombrado por la autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa alguna de las sociedades que se fusionan o bien la futura SE. Lo que significa que no pueden coexistir informes individualizados con informes conjuntos hechos a petición de sólo algunas sociedades, y que el régimen regulador del procedimiento, del estatuto, y de la actividad del perito, será único y determinado por el ordenamiento del Estado elegido a tal efecto; si bien es cierto que el contenido del informe requerirá cumplir de forma acumulativa con las exigencias impuestas por cada uno de los ordenamientos a fin de poder satisfacer los requisitos de una información suficiente que cada uno requiere a efectos de poder proceder a una adecuada convocatoria y a un acuerdo ajustado a derecho que permita pasar el control de legalidad, y sin olvidar que su eficacia, a pesar de que el informe sea único, podrá tener un distinto alcance para unas u otras sociedades en función de lo que digan los ordenamientos que les sean aplicables.

La solución alternativa que el RESE ofrece con respecto al posible informe único de los expertos, supone una reducción de costes a la vez que evita discrepancias en el peritaje; sin pasar por alto que ya no se trata de una opción que los ordenamientos de los diversos Estados comunitarios pueden acoger o no (como cuando se trata de una fusión nacional y en virtud de la posibilidad que la III Directiva les ofrece), sino que la posibilidad de la opción es ya derecho interno que se presenta en todos los ordenamientos cuando se está ante una fusión con resultado de SE. La opción pasa a ser de las sociedades que intervienen, pero su introducción en el ordenamiento no es ya un problema de política legislativa. Lo que puede tener como resultado el que determinados ordenamientos no contemplen la posibilidad de un informe único para sus fusiones nacionales, pero que, sin embargo, las sociedades a él vinculadas lo adopten cuando se trata de constituir un SE, sin que en ningún caso la citada opción ofrezca problemas de encaje en el conjunto del sistema previsto para las fusiones, aunque sea procedente aconsejar una regu-

(49) Así, por ejemplo, el nuestro al atribuir al informe de los expertos independientes eficacia paralizante de la inscripción si la valoración del patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen supera en más de un 20 por 100 a la efectuada por aquéllos.

lación nacional con respecto al procedimiento de solicitud conjunta cuando no esté prevista en él (50).

El RESE atribuye competencias a los peritos independientes para que en el ejercicio de sus facultades puedan recabar la información que estimen necesaria de cualquiera de las sociedades participantes y con independencia de cual fuera el ordenamiento al que estén subordinadas, y de la eficacia extraterritorial del posible informe único, ya que lo es para todas las sociedades y todos los accionistas (art. 22). La vinculación de dichas competencias para recabar una información necesaria para la elaboración de un adecuado informe único por el experto, no permite reducir dicha atribución sólo a este supuesto, tal y como podría entenderse de una simple lectura sistemática del precepto que lo contempla. La implicación de sociedades de diversas nacionalidades requieren siempre la atribución de estas competencias cuando se pretende elaborar un adecuado informe técnico sobre el concreto «proyecto de fusión» de que se trate, incluso aunque aquellos sean múltiples, en función de la adecuación necesaria que los diferentes ordenamientos han debido de hacer de la concesión de facultades que al respecto otorga la III Directiva (art. 10.3).

La necesidad de informes del órgano de administración o de dirección y de expertos tiene un tratamiento excepcional cuando se trata de una fusión para constituir una SE por absorción de una sociedad por otra que posee todas las acciones y demás títulos que confieren el derecho de voto en la Junta General de aquélla (art. 31.1). En este supuesto, la coincidencia de interés entre ambas sociedades ha llevado al legislador a suprimir la necesidad del informe de los expertos independientes, aunque se mantenga para todas las sociedades participantes la necesidad de respetar en lo demás su ordenamiento nacional en lo que se refiere al régimen más simplificado que hayan adoptado para este supuesto en función de los criterios que la III Directiva tiene al respecto (art. 31.1 RESE en relación con el art. 24 III Directiva). Asimismo el RESE contempla el supuesto de fusión por absorción para constituir una SE cuando la sociedad absorbente es sólo titular del 90 por 100 de las acciones o de otros títulos que dan derecho a voto en la absorbida, señalando que, en este caso, «sólo se requerirán informes a cargo del órgano directivo o administrativo, informes de uno o más peritos independientes... en la medida que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbida» (art. 31.2). Esta posi-

(50) La PCSM recoge de forma expresa la posible existencia de un «informe único» sobre el proyecto de fusión, explicitando que el Registrador Mercantil será la autoridad competente para designar el perito o peritos que habrán de realizarlo, previa petición conjunta de las sociedades participantes, y en el supuesto de que en la fusión participen una o más sociedades españolas, o de que la SE resultante haya de situar su domicilio en territorio español (art. 648).

ble excepcionalidad tiene, sin embargo, un carácter dispositivo para los Estados miembros, ya que, en virtud de la permisibilidad que la III Directiva les concede para regular este supuesto (art. 28), podrían no contemplarlo y dejarla sin efecto.

IV.2. EL ACUERDO DE LAS JUNTAS GENERALES

La ausencia de régimen sustantivo en el RESE es prácticamente absoluto en lo que se refiere a la fase de adopción de acuerdos de las Juntas Generales de las sociedades que se fusionan, sobre la que exclusivamente se indica que «la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionan deberá aprobar el proyecto de fusión» (art. 23.1). La adopción del acuerdo sobre el proyecto de fusión pertenece exclusivamente a lo que el propio RESE denomina «la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad», por la que, al tratarse de una materia no regulada suficientemente, queda sometida a las normas propias del ordenamiento jurídico del que dependa cada sociedad (art. 18) y a él que queda sometido en su control de legalidad (art. 25.1). Esta sobriedad de regulación de los acuerdos de las Juntas Generales plantea varios problemas de diferente alcance, que afectan, de un lado, a la consideración general de la naturaleza que se pueda tener del propio procedimiento, y de otro a aspectos específicos del proceso de adopción de acuerdos.

Los términos literales del RESE, que señalan la necesidad de que «la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionan... deberá aprobar el proyecto de fusión» (art. 23.1), como el hecho de la ausencia de un régimen unitario que norme cómo se desenvuelve la relación entre los órganos de las diversas sociedades que redactan el proyecto de fusión, tanto entre sí como en relación con el órgano de decisión de la sociedad a la que pertenecen, parece querer poner de relieve la intención del legislador comunitario de eliminar la naturaleza negocial del proyecto de fusión, desplazando su presencia a un momento posterior, tal y como se anticipó al estudiar el proyecto de fusión y su función. Los acuerdos de las Juntas Generales parecen configurarse en torno a la finalidad de servir estrictamente para la conformación de una voluntad social que, en un momento posterior y mediante la coincidencia de todas ellas, darán lugar al verdadero negocio de fusión, cuya eficacia queda postergada hasta que se efectúa por todas ellas el cumplimiento de determinadas formalidades (la inscripción registral de la fusión para constitución de la SE) que desencadenan los efectos de la fusión de forma simultánea con la constitución de la SE (art. 27).

Lo explícito de la afirmación de que «la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionan deberá aprobar el proyecto de fusión», deja sin aplicación la posibilidad de que en los supuestos de fusión por absorción se

pueda prescindir del acuerdo de la absorbente cuando se dan determinadas circunstancias de protección de los socios (tal y como permite la III Directiva con carácter general cuando se dan determinadas circunstancias —art. 8—). Esta imposición de la absoluta necesidad del acuerdo de todas las sociedades que participan tiene justificación en función de versar sobre una fusión de tales magnitudes y consecuencias, y en la que además se ven afectados diferentes ordenamientos nacionales. Se ha de tener también en cuenta que, en relación con determinadas fusiones para crear una SE, puede suceder que la aprobación simplemente por la Junta General de una SA no sea suficiente para dar por aprobado el proyecto por parte de la sociedad, en cuanto que la existencia de categorías de acciones diferentes puede requerir su aprobación separada por los titulares de ésta en el caso de que la fusión suponga una alteración de sus derechos.

El régimen del RESE en torno al supuesto de fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada no se plantea como regla general la exclusión de la necesidad de acuerdos (sí lo hace la III Directiva si se dan determinadas circunstancias —art. 24 y 25—), pero deja abierta tal posibilidad si es que la contemplase la legislación aplicable a alguna de las sociedades que se fusionan (art. 31.1).

Lo limitado del régimen no ha contribuido tampoco a aclarar la controversia doctrinal existente en los diversos Estados miembros con respecto a la posibilidad sobre los límites y alcance con los que se pudiera producir una modificación del proyecto de fusión elaborado por los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionan; lo que tiene una especial significación para los supuestos de la salida de una sociedad participante o de la entrada de una nueva sociedad, en virtud de una decisión favorable de las Juntas Generales de todas ellas para continuar el proceso (solución que viene dificultada además por las divergencias con respecto a la significación que se atribuye al silencio que la III Directiva guarda al respecto). Las dificultades que puedan provenir de las divergencias normativas que al respecto existen en las diferentes legislaciones que han de aplicarse simultáneamente, o incluso simplemente de su interpretación, y que plantean el problema en un ámbito que es estrictamente el de una fusión doméstica, aconsejan su no admisibilidad a efectos de una mayor seguridad y eficiencia en la preparación del diseño de una operación de tal envergadura. Así parecen también querer indicarlo los estrictos términos del RESE en la imposición de que «la Junta General de cada una de las sociedades *deberá* aprobar el proyecto de fusión» (art. 23.1), máxime si se interpretan conjuntamente con lo que parece haber sido un silencio con apariencia de querer significar una expresa prohibición en torno a un tema que requería ser aclarado. Se trata de una interpretación que se refuerza con la exigencia de que la calificación final de legalidad de la realización de la fusión «controlará en particular que las

sociedades que se fusionen hayan aprobado una fusión en los mismos términos» (art. 26.3) en lo que parece ser un pronunciamiento por el respeto al contenido esencial del «proyecto de fusión» inicial (51).

El acuerdo cae sobre el «proyecto de fusión», pero sin olvidar que en él se contemplan aspectos que versan sobre el contenido estatutario (art. 20) de la que habrá de ser la futura SE como un nuevo tipo societario, sea tanto porque se constituye una nueva sociedad que antes no existía, o bien sea porque se produce una modificación tipológica de una sociedad ya existente si es que la modalidad de fusión elegida es la de una fusión por absorción. En relación con el predicado carácter de instituto cerrado que se ha atribuido a la fusión, hay que sostener que el acuerdo adoptado por las Juntas Generales de las sociedades es único (de fusión), incluso aunque algunas se disuelvan y la decisión para fusionarse lleve en sí el germen del nacimiento de un nuevo tipo societario como es el de la SE. Esta peculiaridad requiere que el acuerdo de fusión de las respectivas sociedades sobre «el proyecto» deba de tener en cuenta que se está pronunciando sobre aspectos cuya legalidad vendrá dada por su adecuación al sistema de fuentes aplicables que el RESE contiene para la constitución de la SE (arts. 9 y 15) y cuyo cumplimiento incide tanto en la legalidad del acuerdo adoptado como en el control final de legalidad de la realización de la fusión y de la constitución de la SE (art. 26) (52). Al margen de considerar que esa unidad de acuerdo responde a la visión de la fusión como una institución cerrada que desplaza la aplicación del régimen que pudiera existir sobre la transformación de las sociedades que se fusionan.

La carencia de un régimen específico de las diferentes facetas que configuran el proceso de adopción de acuerdos por las Juntas Generales de las sociedades participantes (información previa a la fusión, regulación de la convocatoria, el acuerdo en sentido estricto y su publicación) supone el que estos aspectos se regularán, en consecuencia, por el ordenamiento del Estado miembro al que cada una de las diversas sociedades estén vinculadas (art. 18), y conforme a él deberá efectuarse el pertinente control de legalidad (art. 25). No puede en todo caso olvidarse que el cumplimiento de la legalidad del ordenamiento al que está vinculada una sociedad requiere con frecuencia, en esta fase, la necesaria colaboración de las demás sociedades participantes (por

(51) En sentido contrario, LARGOGIL, *ob. cit.*, pág. 146.

(52) La implantación por el RESE de un sistema de calificación descentralizado en virtud de una concepción de la fusión para constituir una SE como un conjunto de acuerdos paralelos de cada una de las sociedades, sobre los que se aplica el control de legalidad «con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio» (art. 25.1), plantea problema de adecuación del sistema actual de calificación del procedimiento de fusión que presenta nuestro ordenamiento, tal y como se verá más adelante.

ejemplo, la necesidad a efectos de información de que estén disponibles las cuentas anuales, los informes de gestión, los de los administradores de cada una de las sociedades participantes). Lo que supone que, en función de una aplicación concurrente de ordenamientos, cada sociedad ha de cumplir con las exigencias propias del suyo y, en la parte que se les exija, del ordenamiento al que están vinculadas las demás.

IV.3. EL NEGOCIO DE FUSIÓN Y SU RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN DE LA SE

Los acuerdos de fusión se consideran válidos desde que las respectivas Juntas Generales manifiestan su voluntad en tal sentido en conexión con el contenido del proyecto de fusión y en adecuación al cumplimiento de sus respectivos ordenamientos en los términos que se han venido explicando. Ahora bien, el que la fusión desenvuelva sus efectos requiere necesariamente la conexión de todas las voluntades de las sociedades participantes en un momento dado en base a la presencia de un negocio que las vincule, que es el «negocio de fusión».

El negocio de fusión en el RESE parece ubicarse, como se expuso, al final del procedimiento y constituye el fundamento del desarrollo de los efectos propios de una fusión y de la simultánea constitución de la SE. En este sentido, el RESE exige que la constitución de la SE se ajuste a las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro del domicilio social (art. 26.4), salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, en lo que no es otra cosa que lo que con carácter general se afirma también para cualquier tipo de constitución (art. 15.1). Esta afirmación requiere, sin embargo, de alguna matización que permita esclarecer su significado.

Hay que tener en cuenta que al hablar de la fusión como constitución de una SE tenemos que distinguir un doble aspecto en el que sus componentes están íntimamente interrelacionados, ya que el cumplimiento de todos ellos se hace necesario para que la SE se constituya. Estos elementos son el negocio desde el ángulo de su contenido estrictamente sustantivo, y el negocio en cuanto al cumplimiento de las exigencias de forma y de formalidad. Aquí sólo haremos alguna referencia para precisar el significado del primer aspecto, en cuanto que el segundo se trata en un apartado diferenciado (el que afecta al control de legalidad e inscripción) en razón de la sustantividad con el que el RESE lo aborda.

Siendo cierto que la fusión es una de las posibles técnicas de constitución de una SE, es también cierto que se aleja, como ya se anticipó, de las que podríamos considerar las técnicas de constitución ordinaria de una sociedad anónima (simultánea o sucesiva) aunque se hable de constitución de una SE. Y esta afirmación es todavía más evidente si la modalidad de fusión elegida

para crear una SE es la de fusión por absorción, ya que en este caso realmente lo que se produce como resultado es una modificación estatutaria de la sociedad absorbente, con, normalmente una transformación del tipo de sociedad anónima en SE. Las anteriores observaciones han de tenerse en cuenta para poder entender el correcto significado de la afirmación general de sometimiento de la constitución de una SE a la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en el que aquélla fija su domicilio (art. 15.1), cuando se está ante una fusión como procedimiento seguido para su creación. Y esta advertencia tiene su fundamento en que surgen algunas peculiaridades propias al elaborar el negocio en razón de que el régimen de fusión desplaza al régimen tanto de constitución en sentido estricto, como al de modificación estatutaria, a la hora de resolver sobre cuáles sean los preceptos aplicables de la legislación de sociedades anónimas del Estado en el que la SE hubiera fijado su domicilio social (esto podrá tener consecuencias tanto en el tratamiento del aspecto subjetivo en razón de quiénes son los otorgantes y quiénes realizan las aportaciones —las sociedades participantes y no los socios—, como del control y valoración de las aportaciones, y el reflejo del propio contenido sustantivo de la fusión). La SE resultante del proceso de constitución de fusión sí deberá en todo caso ajustarse estrechamente a la legislación de sociedades anónimas del Estado que corresponda, salvo en lo que el RESE disponga específicamente y en conexión con los sistemas de fuentes que establece, tanto en lo que son las exigencias tipológicas como en su contenido estatutario. El resultado podrá diferir así de unas SE a otras en función de cual sea el Estado en el que fije su domicilio social, si bien es cierto que su trascendencia no puede ser excesivamente significativa aunque sí relativamente diferenciada, dada la permisibilidad que deriva de la no uniformidad de las diversas legislaciones comunitarias, al margen de la homogeneidad de base existente en las mismas en razón de las directivas habidas al respecto y que el propio RESE presenta en muchos ámbitos.

Las anteriores precisiones han de partir del hecho de que el domicilio elegido por la SE, resultante de la fusión, puede hacerse libremente entre los Estados de las sociedades intervinientes si la modalidad utilizada ha sido la de fusión para constitución, pero sin que esta opción sea tan evidente cuando la modalidad ha sido la de una fusión por absorción (53). No vemos en este aspecto problemas específicos para optar por situar el domicilio social en el lugar que empresarialmente se considere más adecuado, siempre que lo sea en el respeto al criterio de «sede real» que el RESE ha elegido de forma que la fijación del lugar del centro de efectiva dirección determine el domicilio. Y

(53) BUCHHEIM opina que el domicilio ha de ser en el estado de la sociedad absorbente, *ob. cit.*, pág. 138; AMBROSIANI se manifiesta en un sentido de total flexibilidad con independencia de la modalidad elegida. «Società Europea...», núm. 12, *ob. cit.*, pág. 1506.

es en función de cual sea el domicilio elegido en razón del lugar en el que se haya situado su administración central (art. 7.1 y considerando 27), de lo que dependerá la determinación de la legislación aplicable a tener en cuenta en la constitución de la SE (arts. 15.1 y 26.4), como también, dentro del respeto al sistema de fuentes que el RESE establece (art. 9) en el régimen de su organización y funcionamiento.

V. LA PROTECCION DE TERCEROS AJENOS A LA POSICION DE SOCIO. LA POSIBLE PROTECCION DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS

El RESE lleva a cabo una remisión a la aplicación de los ordenamientos sobre sociedades anónimas de los Estados en los que esté registrada cada una de las sociedades que se fusionen, en lo que se refiere a la protección de los intereses de «los acreedores, obligacionistas y tenedores de títulos distintos de las acciones» (art. 24.1), siéndole por completo ajeno el tratamiento sobre cuál pueda ser el ámbito de protección, el modelo de protección *a priori* o *a posteriori*, y la naturaleza del procedimiento que se arbitre para ello. Esta específica remisión exige incluso, como en su momento se expuso, la publicidad de las condiciones del ejercicio de sus derechos (art. 21.c), sólo se entiende en función del interés que puede tener en resaltar la importancia que se da a dicha protección, en cuanto que no añade nada diferente a lo que se deduciría del sistema de fuentes que el RESE establece con carácter general para la fusión para constitución de una SE. El haber remitido estos aspectos a los respectivos ordenamientos nacionales de las sociedades participantes podrá plantear dificultades de coordinación como consecuencia de la aplicación concurrente de ordenamientos que pueden ser diferentes, no sólo en cuanto al ámbito y procesos de protección (único o diverso para todos los sujetos contemplables, judicial o no, idéntico para todas las sociedades que participan o diferenciado, etc.), sino sobre todo en lo referente a la diversidad de técnicas de protección en lo que se refiere a que posibiliten la paralización de la consecución del proceso, o que, por el contrario, permitan su continuación hasta el hecho de la creación misma de la nueva SE. En la práctica, la divergencia de ordenamientos supondrá que será la solución más restrictiva la que marque el ritmo a seguir. Todo lo cual se desenvuelve además en el impreciso marco de la dificultad de valorar «si la situación financiera de las sociedades que se fusionan hacen esta protección necesaria» (art. 3.2 III Directiva), y en la duda de hasta qué punto las consecuencias de la propia fusión intracomunitaria con resultado de SE son también un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar en cada caso concreto la conveniencia de dicha protección, y sin olvidar, desde el ángulo contrario, la dificultad

añadida de que la sociedad resultante obedece a un nuevo tipo (SE) que se regulará por un ordenamiento diferente al de las sociedades que participan.

La única novedad que el RESE aporta en esta materia de protección frente a la eficacia general de los acuerdos adoptados por las respectivas sociedades consiste en señalar que «los Estados miembros podrán adoptar... disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión» (art. 24.2), para la que además se exige, como se vio, la publicidad en el *BOE* correspondiente de «las condiciones de ejercicio de los derechos que les corresponda» (art. 21.d). Se está, en definitiva, ante una norma habilitante para que los Estados adecúen su legislación en este extremo, si lo consideran oportuno, mediante la promulgación de las disposiciones necesarias. Lo que permitirá que los Estados miembros puedan tener una técnica de protección para los accionistas minoritarios que no tiene por qué darse cuando contemplan una fusión interna, pero que puede ser la misma si es que su ordenamiento ya la contemplaban para estas últimas, y se estima por el legislador nacional que es también la oportuna para el supuesto de creación de una SE.

Se ha establecido la posibilidad de introducir una cautela, que la III Directiva no contemplaba y que por lo tanto los ordenamientos nacionales no tenían, en consecuencia, por que contemplar, en lo que parece ser el entendimiento de la admisibilidad de una protección general al accionista disidente, con la sola exigencia de no haberse pronunciado a favor del acuerdo, aunque terminológicamente se le califique de accionista minoritario. El principio de imposición del acuerdo mayoritario a todos los accionistas se ve así atenuado en lo que puede considerarse una consideración de específica protección al accionista disidente. Se estima por el RESE que la protección ordinaria establecida con carácter general para los accionistas (mantenimiento necesario de su posición, información suficiente, *quórum* reforzado, adecuación del acuerdo al interés social, posible responsabilidad de los órganos pertinentes en la elaboración y ejecución de la fusión, etc.) puede considerarse no suficiente por el legislador nacional cuando se está ante una fusión para la creación de una SE, posibilitando una protección complementaria que es específica para el accionista disidente (54) y compatible con la que además ya pudiera existir. La protección del accionista que informa con carácter general el régimen de fusión, se completa ahora con la posible protección del accionista minoritario disidente individualmente considerado. El RESE no entra en indicar cuál pueda ser la configuración del modelo que se introduzca, con lo que cabe establecer cualquiera que se estime oportuno tanto en lo que se refiere a los supuestos en los que se tomaría en consideración, como con

(54) Sobre la protección del accionista minoritario, vid. PÉREZ TROYA, en *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, págs. 469 y sigs., Madrid, 1998.

respecto a la posibilidad de existencia de diversas opciones de protección según cual fuera aquél. La posibilidad de que el socio disidente de una sociedad anónima que se fusione para constituir una SE no continúe en su posición de socio podrá provenir de la existencia de un derecho de separación, o de cualquier otra técnica de amparo que posibilite una situación final similar, como es el derecho a hacerse comprar las acciones por la sociedad o el ejercicio de la oferta de indemnización, si es que el ordenamiento respectivo lo admite expresamente.

En el RESE las dudas ya no se plantean respecto a la admisibilidad de la figura del derecho de separación en el marco de una fusión con resultado de SE, y se eliminan así los posibles problemas interpretativos que al respecto se manifestaron en su momento en torno a la III Directiva sobre fusiones, que no lo contemplaba, y a la adecuación a ella de las legislaciones que lo contemplaron. Lo que además parece congruente con lo que fusión para constitución de una SE significa de alteración radical de la posición del socio en razón de la modificación del tipo social al que pertenecía y del cambio de ordenamiento al que estaba sometido. Se trata de un problema que ha sido expresamente resuelto en el RESE, aunque sin el establecimiento de un propio régimen sustantivo que hubiera sido deseable, dadas las dificultades habidas en torno a su admisión en las diferentes legislaciones, e incluso en torno a la configuración de sus límites, cuando la legislación lo permite para supuestos determinados, y a la existencia de una disparidad de técnicas con alcance similar. La opción sobre su admisión en los diferentes Estados miembros y la libertad para su configuración no contribuirán mucho a establecer una armonía entre las diversas legislaciones, ni tampoco dentro de ellas.

Es el propio modelo de fusión para creación de una SE el que posibilita la presencia de la protección del accionista minoritario siempre que se considere oportuno contemplarlo expresamente en el ordenamiento nacional, pero sin tener por qué recurrir a aplicaciones analógicas del régimen de otras figuras que lo contemplen. La presencia de este derecho entra así en el marco de la fusión con resultado de SE, siempre que los respectivos ordenamientos nacionales lo admitan, ya porque lo regulan expresamente, o bien porque posibiliten que lo configure la voluntad social para esa fusión en concreto con la técnica y amplitud que se considere oportuno. Se ha articulado una solución diversa a la más restrictiva de la III Directiva, y que respetando la diferencia de los supuestos de protección que cada texto legal contemple, permite, incluso, que la protección del accionista disidente sólo sea objeto de tratamiento cuando se está ante una fusión para constitución de una SE y no en los demás supuestos de fusión que un ordenamiento regule.

En los ordenamientos de los Estados que contemplen medidas de protección para los accionistas disidentes que permitan el ejercicio de un derecho de separación, u otras similares, nos parece que se aplicarán también a los

socios que gozarán de tal derecho y en los límites que permitan sus ordenamientos cuando se está ante una fusión para constituir una SE, sin tener que proceder a ajustarlas expresamente a este supuesto. Se trata de aplicar a las sociedades el régimen jurídico a las que están vinculadas en virtud de tratarse de una materia no contemplada en el RESE (art. 18). La única exigencia consiste en la necesidad de que el sistema de protección sea contemplado por el ordenamiento nacional pertinente, si bien parece que el ordenamiento de los Estados que no las recogieran expresamente habrán de interpretarse ampliamente en torno a su admisibilidad cuando se trate de una fusión con resultado de SE (55). Lo que no significa que no pueda regularse de forma específica para el caso de la fusión con resultado de una SE. En cualquier caso, los ordenamientos de todos los Estados miembros podrán adoptar las disposiciones que estimen oportunas al respecto para una fusión con resultado de SE, dada la permisibilidad que el Reglamento admite (art. 24.2) y al margen de la que ya tuvieran (56).

(55) Un régimen de protección de los accionistas minoritarios que se hubiesen pronunciado en contra de la fusión podría ser introducido en nuestra legislación para brindarles una adecuada protección, aunque no se trata de una exigencia normativa para adecuar la efectiva aplicación del Reglamento. Sobre la polémica doctrinal en torno a la admisión de derecho de separación tanto en el ámbito de las fusiones internas como intracomunitarias, a raíz de la calificación del Registrador Mercantil, suspendiendo la constitución del depósito del proyecto de fusión entre SARRIO, S. A. y RENO, S. A. por defecto subsanable ante la ausencia de mención expresa del derecho de separación a favor de los accionistas de la primera, vid. TAPIA HERMIDA, *ob. cit.*, págs. 152 y sigs.

(56) La PCSM ha recogido (art. 649) la posibilidad, reconocida por el RESE (art. 24.2), de que los Estados miembros puedan adoptar, con respecto a las sociedades constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión. La PCSM ha concretado esta protección en el establecimiento de un derecho de separación a favor del accionista minoritario que es entendido en el sentido laxo de mero accionista que «vota en contra de la fusión» sin atender a otras características, en lo que puede ser considerado una protección excesivamente amplia del accionista disidente de una operación de fusión para crear una SE.

La construcción del derecho de separación es, sin embargo, restrictiva en relación con los supuestos en los que aquél puede ejercerse. Su presencia sólo se admite para los socios de las sociedades españolas que participan en fusiones que tengan como resultado una SE domiciliada en otro Estado miembro diferente, o bien que sean absorbidas por una SE ya existente y domiciliada en otro Estado miembro. El ejercicio del derecho de separación se trata por la PCSM de forma similar en relación con las fusiones de carácter internacional (art. 145.2.º), pero sin admitirlo como causa legal expresa para la fusión en ningún otro caso, ni siquiera cuando a la misma le acompañe un cambio sustancial del objeto social (art. 145.1.º).

VI. EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y LA CONSTITUCION DE LA SE

La actuación paralela de las sociedades hasta la adopción de sus respectivos acuerdos de fusión y la posterior celebración del negocio de fusión tienen como finalidad conseguir no sólo lo que es el resultado propio de una fusión, sino, además, un «plus» añadido derivado del hecho de que es un procedimiento dirigido a constituir simultáneamente una SE, con independencia de que la modalidad elegida hubiera sido la de fusión por constitución o por absorción (arts. 1, 2.1 y 17).

El adecuado cumplimiento por las sociedades que se fusionan de las diferentes partes del procedimiento (la que corresponde a cada una y la que corresponde a la estricta realización de la fusión) y que se justifica con la calificación positiva de los respectivos controles de legalidad (arts. 25 y 26), persigue por lo tanto, como resultado final, el desenvolvimiento de los efectos de la fusión y el simultáneo nacimiento de la SE. La SE resultante del proceso requiere para su existencia, como con carácter general se exige para la constitución de la SE, su inscripción registral (arts. 27 y 12.1), en cuanto que ésta es constitutiva del nacimiento de la SE con personalidad jurídica (art. 16.1), siendo el día en el que quede registrada el que marca la simultánea realización de la fusión y constitución de la nueva SE (art. 27).

La realización de la fusión y del simultáneo nacimiento de la SE como consecuencia de su inscripción registral, pende por lo tanto de los previos y necesarios controles favorables de calificación (sea por «un tribunal, un notario u otra autoridad competente»), tanto del procedimiento seguido por cada una de ellas en función de sus respectivos ordenamientos (art. 25.1.2), como de la realización y constitución final de la SE (art. 26.2). Lo que se impone con carácter necesario para todo el procedimiento en conexión con la flexible posición de la III Directiva sobre fusiones nacionales, que posibilitaba la falta de instrumentación de un control preventivo judicial o administrativo de legalidad en los ordenamientos nacionales a cambio de la presencia del documento público en la formalización de los acuerdos de las Juntas Generales, siendo entonces el notario o la autoridad competente para emitir el documento público, el que debía asumir tal control de legalidad (art. 16). Se está así ante una posible diversidad de modalidades de calificación de las sociedades que se fusionan y que puede serlo tanto en lo que respecta al órgano de control como a su posible reflejo registral y a cual sea el régimen sustantivo aplicado. No existen, en definitiva, ni un órgano supranacional, ni una técnica unitaria de control que permitan hablar de uniformidad en torno a los diversos procedimientos de control de legalidad que se presentan con carácter previo como necesarios para la realización de la fusión y simultánea constitución de la SE.

Ese diseño del régimen de calificación que presenta el RESE refleja la concepción que él tiene del procedimiento de fusión para creación de una SE entendido como un proceso de actuaciones paralelas e independientes de cada sociedad participante, que convergen en un momento final en el que las coincidencias de voluntades de cada sociedad se formalizan para realizar la fusión y constitución de la SE.

VI.1. EL CONTROL DE LEGALIDAD

El modelo requiere, en primer lugar, un control de calificación, individualizado para cada sociedad, del cumplimiento de las exigencias legales de «la parte del procedimiento» que le corresponde con respecto a los actos y trámites previos a la fusión y simultánea creación de la SE. Esta calificación se lleva a cabo conforme a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas y por la autoridad pertinente del Estado miembro de sus respectivos domicilios (art. 25.1), y que, lógicamente, también afecta al cumplimiento de las normas que el RESE pudiera contener al respecto. Este control se completa con el que afecta a «la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE» que se efectúa conforme a la legalidad y autoridad del ordenamiento del Estado miembro del futuro domicilio de la SE» competente en materia de control de legalidad de la fusión de sociedades anónimas (art. 26.1.4). Existe, en consecuencia con lo dicho, un primer control individualizado del cumplimiento de las actuaciones de cada una de las sociedades que se fusionan, que finaliza con un control único sobre la constitución de la SE como resultado del proceso de fusión, pero que pueden ser absolutamente diferentes tanto con respecto a las autoridades como al título y contenido sobre el que cae en razón de la diversidad de ordenamientos aplicables. El RESE establece para ello la necesidad de que cada Estado miembro designe cuál será la autoridad competente en relación con el control de calificación señalado (arts. 25 y 26) a fin de garantizar la aplicación efectiva del Reglamento (art. 68.1), y que informe de ello a la Comisión y a los demás Estados miembros (Disposición Final —art. 68.2—) (57).

(57) No parece problemática la atribución de la calificación a los Registradores Mercantiles que ya la detentan en los procesos de fusión, circunscribiéndose el problema a la exigencia de una mera adaptación técnica del procedimiento organizado por el RESE para crear una SE por fusión. En contra se ha manifestado FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, que considera más oportuno el proceder a los notarios competencias sobre la expedición del correspondiente certificado. «El futuro...», *ob. cit.*, pág. 8. Este es el criterio que se mantiene en la PCSM en lo referido al control de legalidad de la actuación de las sociedades participantes en el proceso, y, en su caso, de la inscripción de la SE resultante de la fusión (arts. 650 y 651).

La exigencia de que el control de legalidad inicial caiga sobre la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad que se fusione (art. 25.1) parte de un supuesto no claramente determinado en el RESE en cuanto que él no especifica de forma sistemática, ni cuál es el procedimiento, ni cuáles son las partes del mismo que corresponden a cada sociedad. Es cierto, no obstante, que la estructura del procedimiento es fácilmente deducible tanto de la remisión que el RESE efectúa a la III Directiva sobre fusiones nacionales al intentar precisar su concepto de fusión (art. 17) y a la que los ordenamientos comunitarios se han adaptado, como del hecho de que implícitamente sus propios preceptos siguen el mismo modelo (proyecto de fusión, acuerdos de las diversas Juntas Generales y realización de la fusión), aunque lo contemple asistemáticamente y sólo con respecto a determinados aspectos. La «parte del procedimiento que corresponde a cada sociedad» es así aquella que se refiere al proyecto de fusión y a la celebración del acuerdo de las Juntas Generales, mientras que «la otra parte del procedimiento» se correspondería con la correspondiente a la «realización de la fusión y simultánea constitución de la SE», que se traduce en el «negocio de fusión/constitución de la SE» sobre el que todas las sociedades se manifiestan conjuntamente.

La calificación sobre el proyecto de fusión y sobre el acuerdo adoptado sobre él por cada sociedad participante en su correspondiente Junta General, la realizan las autoridades pertinentes (tribunal, notario u otra autoridad pertinente) del Estado en el que cada sociedad tenga su domicilio y «con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas» aplicables en ellos (art. 25.1) de forma que «acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión» (art. 25.2). Esta afirmación del legislador requiere ser precisada en cuanto que la calificación del procedimiento seguido por cada sociedad no puede olvidar el propio régimen que el RESE tiene y que se superpone a la legislación nacional no sólo por su propia naturaleza de fuente de rango preferente y directamente aplicable y por la especificidad del supuesto que contempla, sino además por el expreso carácter subsidiario que él da a las propias legislaciones nacionales en materia de fusión de sociedades anónimas (art. 18). Este sistema de fuentes no dejará de plantear problemas a la hora de la calificación, como en su momento se indicó, en razón de que algunas veces el silencio del RESE sobre determinados aspectos del proceso sembrará dudas a la hora de determinar si se está ante una laguna subsanable por los ordenamientos nacionales, o bien se trata simplemente de un silencio querido. Y todo lo dicho, sin olvidar que una calificación positiva de lo actuado por una sociedad requerirá necesariamente la colaboración con ella de sociedades sujetas a otros ordenamientos a fin de cumplimentar determinadas exigencias que a lo mejor ni siquiera les exigen sus propios ordenamientos. En todo caso, el control de legalidad debería de tener en cuenta que el «proyecto de fusión» contiene también lo que serán

los estatutos por los que habrá de regirse la futura SE, y sobre los que el control de legalidad recaerá en un momento posterior de forma conjunta con lo que será la calificación de la posible fusión para la constitución de la SE proyectada.

La acreditación positiva del control de legalidad sobre cada una de las sociedades que se fusionan se ha de efectuar mediante «un certificado» emitido por la autoridad correspondiente que acredite de «manera concluyente» el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión (art. 25.2). Lo que, en definitiva, supone una legitimación suficiente de la sociedad que lo aporta para poder manifestar en un momento posterior una voluntad para que, coincidente con las de las demás sociedades, permita realizar la fusión y la simultánea constitución de la SE (58).

El RESE ha contemplado la posibilidad de que en la fase del procedimiento que corresponde a cada sociedad pudieran presentarse incidencias que, aunque ajenas a lo que sería un incumplimiento de la legalidad pertinente, versaran sobre posibles discrepancias con respecto a una adecuada relación de canje o de compensación de los accionistas minoritarios (art. 25.3). El RESE ha sido sensible a la existencia de modelos nacionales de protección del «accionista minoritario» que no están presentes en todos los ordenamientos nacionales (la III Directiva no los contempló tampoco), y que no han de confundirse con los posibles sistemas de amparo de los «accionistas minoritarios que hayan votado en contra de la fusión» (art. 24.2). Y en esta idea trata de articular la aplicación al procedimiento de fusión para constituir una SE, de los procedimientos existentes en algunos ordenamientos (esencialmente en Alemania e Inglaterra se regulan los supuestos de «oferta de indemnización» y de «mejora del tipo de canje») para amparar al accionista minoritario disconforme con el valor atribuido a la relación de canje o al valor de la oferta indemnizatoria como compensación a un posible derecho de separación y que no impiden la inscripción de la fusión ni sus efectos.

La presencia de las citadas técnicas de amparo se admite condicionada a que exista una aceptación expresa por parte de las demás sociedades participantes y situadas en Estados miembros que no prevean tales procedimientos, en virtud de las evidentes repercusiones que una rectificación de la situación patrimonial inicialmente prevista podría tener sobre sus accionistas en razón de una posible alteración de la relación de canje o del patrimonio resultante del proceso de fusión. Las Juntas Generales de las sociedades situadas en Estados miembros en los que no se prevean dichos procedimientos, habrán de aceptar expresamente, cuando aprueben el «proyecto de fusión», la posibili-

(58) AMBROSIANI indica que dichos términos ponen de relieve el que ya no puede ser objeto de impugnación ni por las partes ni por terceros. «Società Europea...», núm. 12, *ob. cit.*, pág. 1504.

dad de que recurran a ellos los accionistas de las sociedades cuyos ordenamientos lo posibilitan. En todo caso se trata de una protección que actuando *a posteriori* no paraliza la consecución de la fusión y permite la expedición del oportuno certificado acreditativo del cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión por parte de la sociedad afectada, aunque «haya dado comienzo un procedimiento de este tipo». En estos casos, sin que se entienda bien el motivo, «el certificado acreditante» es otorgado por la autoridad pertinente del Estado miembro del futuro domicilio de la SE, indicándose en él que está en curso el procedimiento de que se trate. El resultado al que llegue el proceso de modificación de canje o de compensación de accionistas minoritarios sí será en todo caso eficaz frente a la SE absorbente como sociedad resultante y frente a todos sus accionistas, sin que se entienda el por qué restringir esta eficacia solamente al supuesto de fusión por absorción, como parece indicar el tenor literal de los términos (art. 25.3).

En coherencia con el modelo legal, el proceso de calificación ha de caer también sobre la «parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE» (art. 26.1), con la que las sociedades finalizan en una actuación conjunta en la configuración de la que podríamos llamar la «fusión/constitución de la SE». Este control afecta tanto a la calificación de la actuación individualizada de cada una de las sociedades participantes, como a la propia fusión para creación de la SE, si bien sea cierto que no se efectúe con el mismo alcance en ambos aspectos, aunque siempre sea el mismo organismo el que está habilitado para realizarlo, y que es el que corresponda a estos efectos (notario, tribunal, otra autoridad) en función del ordenamiento del Estado miembro del futuro domicilio de la SE (art. 26.1). Se trata, en definitiva, del control de legalidad del negocio de fusión que posibilita la futura constitución de la que ha de ser la nueva SE y de la constitución de ésta en sentido estricto. La realización de la calificación en esta fase final del procedimiento requiere así, tanto el control del cumplimiento de la legalidad de los respectivos acuerdos por parte de las distintas SA participantes, como también de la fusión/constitución de la SE en sí misma.

El control es estrictamente formal en lo que respecta al primer aspecto, ya que se limita a la recepción por el órgano competente para la calificación, del «certificado» acreditante de que cada sociedad ha cumplido con «los actos y trámites previos a la fusión» (art. 25.2), pero sin que esté habilitado para poder entrar ni en el fondo de la legalidad de la actuación societaria, ni en el de la legitimidad de la autoridad pertinente o de su actuación. Lo que realiza la autoridad competente es, simplemente, la constatación de la recepción del citado «certificado» que cada sociedad le remite y que ha sido expedido por la autoridad del Estado miembro de su domicilio, en lo que se considera que es una no muy justificable privatización del proceso por lo que

supone de quiebra de la mayor seguridad que se derivaría de una colaboración reglada entre los órganos pertinentes de los diversos Estados. A tal fin, el certificado ha de ser enviado dentro del plazo de seis meses a partir de su expedición, en lo que sólo se considera como un término de caducidad de la eficacia del certificado expedido en relación con su oportuna calificación, conjuntamente con una copia del proyecto de fusión aprobado por ella (art. 26.1). Lo que no significa necesariamente que el organismo nacional pertinente no pueda expedir un nuevo certificado, ni parece que el plazo señalado condicione el período dentro del que es necesario que todas y cada una de las sociedades han de manifestar su posible voluntad coincidente. No obstante, el tema plantea dudas que deberían ser resueltas en futuros textos comunitarios de desarrollo del RESE ante las discrepancias que pueden plantear en su adaptación los diversos ordenamientos y la doctrina elaborada al respecto. Cada sociedad ha de remitir también «una copia del proyecto de fusión» aprobado por ella, a fin de que la autoridad pertinente pueda comprobar la identidad de todos los «proyectos» sobre los que las diversas sociedades se han pronunciado, controlando en particular el que el proyecto de fusión ha sido aprobado por todas las sociedades «en los mismos términos» (en cuanto que constituye el elemento de referencia sobre el que converge la voluntad de todas las sociedades que se fusionan para la realización de la fusión que ha de constituir la nueva SE) y que se hayan establecido las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores con arreglo a la Directiva 2001/86/CEE de 8 de octubre.

La calificación de la autoridad competente en el domicilio de la SE entra, sin embargo, en esta última parte del procedimiento, en el control sustantivo y material de la legalidad de la fusión resultante del proceso que da lugar a la constitución de la SE, vigilando que ésta se ajusta a la legislación del Estado miembro del domicilio social que ha elegido en el respeto a lo dispuesto en el RESE con respecto a lo que son las características propias del nuevo tipo SE que se constituye y al sistema de fuentes que establece (arts. 9, 15, 26.3.4), pero sin olvidar que se está ante un modelo de fundación de sociedad peculiar, tal y como es el de la fusión, que tiene sus propias técnicas y que no son necesariamente coincidentes con la de una constitución en su sentido estricto. La SE resultante del proceso de fusión podrá diferir en razón de la diversidad de los posibles ordenamientos nacionales que se aplican en función de cual sea el Estado miembro elegido como domicilio social y de la flexibilidad de estructura del tipo que el propio RESE presenta, aunque las diferencias se relativicen por el grado de homogeneidad de la legislación societaria en materia de sociedades anónimas y por el propio contenido del RESE. La SE resultante del procedimiento de fusión ha de constituirse según los requisitos establecidos por el RESE al respecto, en el marco de las exigencias (formales y sustantivas) constitutivas del tipo y con un contenido

estatutario adecuado, además, a lo que es el régimen que el ordenamiento propio del Estado donde ubique su domicilio social ofrece en materia de constitución sociedades anónimas (art. 15.1 en relación con el art. 26.1) sin que se vea con claridad por qué ha de ser necesariamente en el Estado de alguna de las sociedades que se fusionan. El ordenamiento nacional aplicable es, en todo caso, un elemento importante de ponderación a la hora de la elaboración de los «estatutos» de la futura SE que han de figurar en el proyecto de fusión y que, con éste, son aprobados por la Junta General de todas y cada una de las sociedades que se fusionan. Todo lo dicho supone que no sólo las modalidades de fusión utilizadas en cada creación de una SE pueden ser diferentes, sino que también podrán variar los procedimientos de control, los ordenamientos aplicables a cada sociedad participante y el modelo que presente la SE resultante.

VI.2. LA INSCRIPCIÓN DE LA SE

La calificación positiva del conjunto del procedimiento constituye un elemento necesario que determina la posibilidad de su inscripción (arts. 27.2 y 12.1) y el consiguiente desenvolvimiento de los efectos propios de la fusión (anteriormente analizados) y de la simultánea constitución de la SE (art. 27.1), con la adquisición por ésta de su plena personalidad jurídica (art. 16) en razón del carácter constitutivo de aquélla (59).

(59) La diferencia entre el modelo calificador del RESE, adaptado al supuesto específico de constitución de una SE, y el que presenta nuestro ordenamiento registral en torno al procedimiento de fusión, requiere una adecuación de éste que posibilite una efectiva aplicación del RESE. Se hace necesario regular la calificación de la actuación y del acuerdo individualizado de fusión de una SA española que participa en la creación de una SE por fusión, que permita, en su caso, emitir el correspondiente certificado acreditante del cumplimiento de los actos y trámites previos a ésta, y que ha de ser enviado a la autoridad correspondiente que detente el control de legalidad en el Estado donde la SE quiera fijar su domicilio. Al margen de la necesaria regulación para posibilitar la calificación y acceso de las fases previas de la fusión, se requiere también efectuar las pertinentes adaptaciones en nuestro sistema registral para proceder a la calificación y acceso de las «certificaciones» enviadas por SA sujetas a otros ordenamientos y de la propia SE resultante a la que será necesario abrir la pertinente hoja registral a fin de reflejar su constitución cuando el domicilio elegido por ella sea el propio del Estado Español.

En todo caso, nuestro modelo registral requiere ser insertado en un sistema que habilite la comunicación entre los diversos registros nacionales afectados de los distintos Estados miembros a fin de posibilitar una colaboración eficaz en orden a proceder a las correspondientes cancelaciones de las sociedades participantes si la fusión/constitución de una SE finaliza con éxito.

En nuestro ordenamiento la principal adaptación que habrá que hacer para la adecuación del Registro Mercantil al RESE, al margen de las necesarias para posibilitar la

VI.2.1. *El efecto constitutivo de la inscripción y la posible «irregularidad» de la SE*

La inscripción registral de la «constitución/fusión» se realiza en el Registro pertinente del Estado miembro de su domicilio social (art. 12.1), una vez que se ha cumplido con los necesarios trámites de calificación (art. 27.2) y con las formas y formalidades exigibles a aquellos efectos por la legislación del citado Estado. Esta inscripción tiene un carácter constitutivo y de ella depende tanto la eficacia misma de la fusión con el desenvolvimiento de los efectos que le son propios, como la simultánea constitución de la SE (art. 27.1) con plena personalidad jurídica (art. 16), independientemente de que se haya acordado en el «proyecto de fusión» la pertinente retroacción de la eficacia fusión a efectos meramente contables (art. 20.e). Y todo ello al margen de la eficacia estrictamente registral que se desprenda de la necesaria publicidad registral de su realización que se efectúa en conformidad con los ordenamientos de los Estados miembros de las respectivas sociedades que se fusionan (art. 28), y de la publicación de la inscripción de la SE resultante

calificación y acceso de las diferentes fases del procedimiento de una fusión con resultado de SE y de esta misma, proviene del hecho de no existir en nuestro régimen de fusión una calificación y una inscripción de los acuerdos de disolución/fusión individualizada y previa a su formalización en escritura pública conjuntamente con la fusión llevada a cabo (sea la constitución de una nueva sociedad o una modificación estatutaria consecuencia de una absorción). Es precisamente el documento público en el que constan separadamente los acuerdos de cada sociedad y también la fusión en sentido estricto, el que sirve de base para la calificación por el Registrador Mercantil de sus domicilios del acuerdo de fusión adoptado por cada sociedad mediante el reflejo en el título de una nota firmada «declarando la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida», y que también extiende al margen del último asiento de la sociedad correspondiente, causando un cierre provisional (arts. 227-231 RRM). Y es sobre esa misma escritura sobre la que se califica el resultado de la fusión para poder proceder a su reflejo registral, y a la comunicación de oficio a los demás Registros la circunstancia de la inscripción de la fusión para que procedan a la correspondiente cancelación de las sociedades extinguidas, comunicando todos ellos las respectivas circunstancias al Registro Mercantil Central para su correspondiente publicación en el *BORM* (art. 234 RRM). La PCSM mantiene el actual sistema, ya descrito, del RRM, también para el supuesto de que se trate de una fusión para constituir una SE que se ha de domiciliar en otro Estado miembro. En esta línea establece que «el Registrador Mercantil del domicilio social, a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada, expedirá un certificado que acredite... por parte de la sociedad española» (art. 650). Siendo este modelo perfectamente admisible cuando la escritura de fusión para creación de una SE contenga simultáneamente las declaraciones de las sociedades participantes, parece que también debería de contemplarse el supuesto de «certificados» expedidos a una SA española simplemente sobre la plenitud y legalidad del mero acuerdo de fusión adoptado por ella una vez formalizado en escritura pública, pero realizado con anterioridad a la formalización de la fusión en su estricto sentido y que podría tener lugar con posterioridad. La necesaria reforma del actual RRM para su adaptación a las novedades que introduce la PCSM (Disposición Final 2.^a), requeriría, lógicamente, atender las observaciones realizadas.

que se lleve a cabo según la legislación de su domicilio (arts. 13 y 15.2), y de la que, complementariamente ha de realizarse, en el plazo de un mes desde la inscripción, a título meramente informativo en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (art. 14), en lo que son exigencias contempladas con carácter general por el RESE para toda constitución de una SE y no sólo para la surgida de una fusión.

La ausencia de un Registro comunitario centralizado (60) y la existencia de técnicas de calificación y de registros diversificados para cada sociedad participante en función de sus propios ordenamientos (el propio RESE señala que cada Estado miembro designará las autoridades competentes a efectos del control de legalidad exigido en los artículos 25 y 26 —art. 69.2—), no ha llevado consigo el establecimiento de procedimientos adecuados de conexión entre los diversos registros afectados, y entre éstos y el registro en el que se inscriba la SE resultante. Esta omisión conlleva una grave falta de comunicación en lo que se refiere al resultado tanto de las calificaciones efectuadas a cada sociedad como a la propia constitución de la SE, a efectos especialmente de proceder a las respectivas cancelaciones de las sociedades extinguidas. La existencia de un Reglamento de desarrollo, o al menos de Directivas de coordinación, sería necesaria a estos efectos y a fin de ofrecer una indudable seguridad del tráfico que posibilitase el establecimiento de una coordinación que no proporcionan las técnicas jurídicas nacionales.

La inscripción registral de la SE resultante de la fusión no sólo es desencadenante de los efectos propios de la fusión, tal y como se expusieron, y, simultáneamente, constitutiva de su nacimiento (art. 27.1) en lo que supone de culminación de un procedimiento que determina la adquisición de su personalidad jurídica (61), tal y como se exige para su nacimiento con carácter general y con independencia de cualquiera que hubiera sido su modalidad de creación de entre las diversas que el RESE contempla (arts. 15 y 16). La peculiaridad de la institución de la fusión como técnica jurídica apta para constituir una sociedad bajo la modalidad de fusión para constitución, o también en la de fusión por absorción cuando se trate de constituir una SE (arts. 2 y 17), requiere, al examinar este aspecto, hacer una breve reflexión en base a la idea, ya expuesta, de que esta forma de creación de una sociedad no es un proceso absolutamente identificable con lo que podríamos considerar una constitución ordinaria de una sociedad. Lo que supone que no siempre le

(60) Se ha abandonado «el propósito de crear un registro único europeo de sociedades anónimas europeas, que ambicionaba la primera propuesta de 1970». FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, «El futuro...», *ob. cit.*, pág. 1.

(61) Se ha fijado un criterio único que evite el que la fusión pudiera desencadenar sus efectos y que la SE pudiera adquirir personalidad jurídica en razón de criterios diversos que dependerían de cual fuera el Estado en el que fijara su domicilio, proporcionando con ello una mayor seguridad para accionistas y terceros.

es aplicable a aquélla el marco jurídico que organiza el proceso de creación ordinaria de una sociedad, puesto que la fusión tiene peculiaridades que son propias de su especial naturaleza. Y esta afirmación tiene también trascendencia aquí en relación con la función que se analiza de la inscripción como elemento esencial del nacimiento de la sociedad, en este caso una SE, con plena personalidad jurídica.

A diferencia de lo que sucede con la constitución ordinaria de una sociedad anónima, antes de la inscripción de la fusión para crear una sociedad de capital, en el tipo de la SE no existen situaciones intermedias calificables como sociedades «en formación» o, en su caso «sociedades irregulares». En un procedimiento de fusión para crear una SE no hay situaciones intermedias entre el ser y la nada. La SE no existe hasta que no se inscribe y las sociedades participantes mantienen cada una su propia individualidad y personalidad, sin que todavía se hayan producido los efectos de la fusión que posibilitarían hablar de una situación diversa. Lo más que podría existir es una formalización de la fusión que obliga a las sociedades que se fusionan a unos determinados comportamientos derivados del vínculo comercial creado, pero cada sociedad sigue subsistiendo con su propio patrimonio, sus propios socios y su propia personalidad jurídica hasta que aquélla se inscriba. Lo único que existe son sociedades que actúan coordinadamente (pudiendo ser muy diversas las técnicas operativas que se utilicen a tal fin) y que mantienen su propia personalidad a efectos de asunción de la responsabilidad que se derive de su actuación.

Es sin embargo cierto que el nacimiento por fusión de la nueva SE, como en el de todo proceso de creación de una sociedad, necesita de previas actuaciones que son necesarias para su futura existencia, tanto jurídica como de viabilidad económica, y que requieren de una específica regulación en garantía del tráfico. Esta fue la razón por la que la I Directiva 68/151/CEE, tendente a coordinar a las sociedades de capital en materia de publicidad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad y nulidad, introdujo un régimen de validez de los actos realizados en nombre de la sociedad antes de que adquiriera personalidad jurídica (art. 7), en lo que se ha querido ver la presencia de «una sociedad en formación» frente a «la sociedad irregular», que estaría sometida a un régimen de nulidad por falta de escritura pública o de cumplimiento de los controles pertinentes (art. 11.2.a). El supuesto no ha sido, sin embargo, objeto de contemplación en los diferentes textos comunitarios que afectaban a la figura de la fusión, aunque sí lo ha sido en el Reglamento que ahora se analiza, si bien se haya hecho con carácter general para toda modalidad de constitución de una SE y no sólo para el supuesto de fusión (art. 16.2). Y el RESE lo ha hecho con una recepción casi literal de los términos legales que utilizó la I Directiva (art. 7), al manifestar que: «En el caso de que se hayan realizado actos en nombre de la SE antes de su inscripción con arreglo al artículo 12 y de que, después de dicha inscripción,

la SE no asuma las obligaciones que se deriven de dichos actos, las personas físicas, sociedades u otras entidades jurídicas que los hayan realizado serán responsables solidarios de los mismos, salvo acuerdo contrario» (art. 16.2). En lo que estrictamente se refiere a la actuación en nombre de una SE que todavía no ha sido constituida por falta de inscripción de la fusión, la interpretación de dichos términos sólo cabe entenderlos como la regulación de una manifestación de actuación en nombre de tercero sin tener poder de representación, legal o convencional, para hacerlo, aunque matizado por la primacía de la seguridad del tráfico que fundamenta el mantenimiento de lo actuado negocialmente frente a tercero en lugar de recoger el principio de la declaración de su inexistencia salvo posterior ratificación, y que además lo hace bajo el principio de responsabilidad solidaria. Lo actuado en nombre de una SE que todavía carece de plena personalidad jurídica, vincula, en consecuencia, a todos los que actuaron de forma solidaria si aquella no asume las obligaciones que se derivan de su actuación. Se establece así una subrogación absolutamente voluntaria para la SE, y sólo con respecto a aquellos actos que estime oportuno de los diversos que se efectuaron en su nombre, pero que de no llevarse a cabo mantiene la garantía frente a terceros de la validez de lo actuado y de la responsabilidad solidaria de todos los actuantes en nombre ajeno. Cabe, no obstante, la posibilidad de que lo actuado se regule convencionalmente de la manera que las partes estimen más oportunamente en base a la amplia permisibilidad que el RESE concede a estos efectos cuando establece que el régimen indicado tiene un carácter dispositivo y subsidiario de la voluntad y es por lo tanto aplicable «salvo acuerdo en contrario» (art. 16.2).

VI.2.2. *La eficacia sanatoria de la inscripción*

La inscripción de la SE, además de dar lugar a su constitución simultáneamente con los efectos de la fusión, desencadena unos efectos sanatorios, de forma que «no podrá declararse la nulidad de una fusión una vez que se haya llevado a cabo su inscripción» (art. 30). Lo que introduce unas consecuencias que van más allá de lo que tradicionalmente ha sido tanto una restricción de los supuestos de nulidad como el establecimiento de técnicas que tiendan a evitarla, y que, en cualquier caso, desborda evidentemente la eficacia registral que desencadenan los principios de legitimación con las presunciones, salvo prueba en contrario, de legalidad y de exactitud, y de fe pública registral por amparo exclusivo de terceros de buena fe que actuaron basados en la apariencia registral. Con el establecimiento del efecto sanatorio de la inscripción se ha seguido una línea continuista del tratamiento que al respecto de la nulidad contenían ya tanto el proyecto de convenio sobre la fusión internacional (art. 35), como la propuesta de X Directiva sobre fusiones trans-

fronterizas de sociedades anónimas (art. 15.1), y que proyectos anteriores de Reglamento de la SE también recogían (así, por ejemplo, la propuesta de reglamento de 25 de agosto de 1989 —art. 29—), en lo que constituye una línea diferente de la contemplada por la III Directiva sobre fusiones de sociedades anónimas que la admite aunque sea de forma restrictiva (art. 22). La diversidad de soluciones está en lógica consonancia con la diferencia de supuestos contemplados y el mantenimiento de seguridad del tráfico transfronterizo. El hecho de que el RESE afecte a un supuesto de fusión internacional con resultado de una nueva sociedad, como es la SE, pero en el que cada sociedad participante tiene un régimen diferenciado de actuación, harían difícilmente sostenible un modelo de nulidad de fusión en el que una sociedad ya inscrita pudiera ser impugnada en base a ordenamientos diferentes al que la propia SE se encuentra ahora sometida.

El RESE se centra exclusivamente en la nulidad de una fusión ya inscrita, pero sin tomar en consideración la posible nulidad del proceso en relación con las fases realizadas con anterioridad a la inscripción y cuyo régimen queda excluido de su contenido. En consonancia con el modelo de actuaciones paralelas de cada una de las sociedades, será el ordenamiento al que está sometida cada una de ellas el que determinará la posibilidad de impugnación de sus acuerdos en base al régimen sobre el que pueda entonces, además, justificarse la denegación del preceptivo «certificado» acreditativo de haber pasado el necesario control de legalidad al que su actuación está sometida (art. 25.1). Ahora bien, una vez inscrita la SE, ya no podrá declararse su nulidad en virtud del efecto sanatorio que la propia inscripción tiene.

El carácter sanatorio de la inscripción viene atenuado por la admisión de que «la ausencia de control de la legalidad de la fusión con respecto a los artículos 25 y 26 podrá constituir una causa de disolución de la SE (art. 30), en lo que formalmente supone la presencia de un supuesto exceptuado del régimen sanatorio pero que es contemplado como una causa disolutiva y no como una posible causa de nulidad. La ausencia o el defecto en el funcionamiento de las medidas de control que sirven precisamente para evitar el que el procedimiento de fusión pueda adolecer de alguna irregularidad, y en las que se justifica el propio efecto sanatorio, adquieren así relevancia en orden a poder enervar las consecuencias sanatorias de la inscripción.

La ausencia de control de legalidad del proceso de fusión es contemplada en el RESE como la única causa posible que puede afectar a la eficacia sanatoria de una SE ya inscrita como resultado de una fusión, en lo que no se juzga ni una solución afortunada, ni una redacción correcta del supuesto cuando expresa que «podrá constituir una causa de disolución de la SE» (art. 30). Es cierto que esta causa ha venido siendo una constante en los diversos proyectos y textos legales comunitarios que han tenido por objeto a la fusión, sea ya como un supuesto de nulidad que figuraba junto

a otros defectos sustantivos de legalidad del proceso (así el art. 22.1.b de la III Directiva sobre fusiones nacionales, y en el proyecto de X Directiva sobre fusiones transfronterizas de sociedades anónimas), o como única causa de nulidad de una fusión ya inscrita (así en los proyectos de la III Directiva, y en el texto del proyecto de convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas —art. 35—), ofreciendo modelos diversos que también las legislaciones nacionales han reflejado.

No es muy comprensible, sin embargo, el tratamiento y atención que se presta en el RESE al supuesto de «ausencia de control de legalidad» como una posible causa de disolución a contemplar por los ordenamientos nacionales en el proceso de fusión para creación de una SE. Y esta dificultad de comprensión proviene del hecho de no entenderse cómo puede ser causa de disolución la ausencia de calificación, cuando éste es un requisito necesario para la inscripción de la SE, de forma que si ésta no se efectúa, la SE no existe como sociedad de capital con personalidad jurídica. La presencia de esta causa de disolución de una SE ya inscrita únicamente se entiende como una medida de política legislativa para reforzar la función de las necesarias y diversas técnicas de control de legalidad previstas a fin de evitar en lo posible la muy improbable existencia de fusiones que pudieran adolecer de algún defecto sustantivo de legalidad. Ahora bien, la presencia necesaria de esa calificación como requisito inexorable para la inscripción de una sociedad anónima que es constitutiva para su nacimiento (en este caso se trata de la constitución de una SE, sea ya por un procedimiento de fusión por constitución, o de fusión por absorción) no deja mucho espacio para su presencia real. Esta es, probablemente, la razón de que dicha causa de nulidad no figure entre las causas de nulidad de sociedades ya inscritas que contempla la I Directiva 68/151, de 9 de marzo, sobre sociedades (art. 11), ni tampoco nuestra legislación (art. 34 LSA). Existen además dificultades para entender cómo la falta de calificación puede ser causa de disolución, al margen de que no sea fácil entender el supuesto de acceso al Registro de una fusión para constitución de una SE, sin haber cumplido con los requisitos previos de calificación. La única interpretación que puede haber de su consideración como causa de disolución es la del entendimiento por el legislador de que la inscripción de la fusión tiene un efecto sanatorio absoluto y con un alcance tanto con respecto a la posible impugnación del procedimiento como de la posible nulidad de la SE en sí misma considerada (art. 30), pero, admitiendo el que la legislación de los Estados miembros puedan contemplar, si lo estiman oportuno, la falta de un adecuado y suficiente control de legalidad como posible causa de nulidad de una SE ya constituida (62), como consecuencia

(62) Es muy acertada la opinión de SAGASTI cuando critica la construcción del RESE en torno a la regulación que hace de la ausencia de control de legalidad como posible

de la inscripción de la fusión en cualquiera de sus modalidades y que se resolvería bajo la técnica del procedimiento de la disolución extintiva.

El RESE ha huido sin embargo de establecer un régimen sustantivo de nulidad aplicable a este supuesto excepcionado del efecto sanatorio general (considerando, por ejemplo, la posibilidad de su regularización, plazos de caducidad para su ejercicio, etc.), o incluso de remitirlo al ordenamiento del Estado donde fija el domicilio la SE que se constituye, y le ha considerado como una causa de disolución (art. 30) a contemplar por el ordenamiento del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social, y a cuyas disposiciones legales en materia de disolución de sociedades anónimas estará sometida (art. 63). La «ausencia» de control que se contempla, se ha de entender, por lo tanto, como una insuficiente actuación calificadora que se constituye en una posible causa de disolución a considerar por los Estados miembros en lo que podrá suponer la existencia de ordenamientos que no la recojan, y con tratamientos diferentes en aquellos que lo hagan al no ser la disolución una institución societaria que haya sido todavía regulada por una Directiva a efectos de una posible homologación de los diversos ordenamientos comunitarios. Más sensato hubiera parecido su no consideración, o, en su caso, el haber procedido a su tratamiento como una posible causa de nulidad, salvo que los ordenamientos afectados no la contemplaran, y que en virtud de su adecuación al régimen de nulidad que al respecto contempla la III Directiva (art. 22) tendrían una gran aproximación en el tratamiento que en ellos se le diera, al margen de que su extinción se pudiera realizar por el procedimiento disolutorio extintivo.

La técnica sanatoria del RESE no plantea ya los problemas de interpretación que se ocasionaron con ocasión de la adaptación del régimen de nulidad que la III Directiva contenía (art. 22), y que afectaron tanto al hecho de la necesidad de su introducción en los diversos ordenamientos comunitarios, como al alcance de la consideración de máximos que podrían tener las diferentes causas de nulidad contempladas. La eficacia sanatoria entra en funcionamiento siempre que se constituya una SE por fusión en razón de la propia naturaleza del RESE como fuente directamente aplicable, y no ha lugar a la polémica sobre el alcance de la aplicación de las posibles causas de nulidad en cuanto que éstas sencillamente no existen. Se echa de menos, sin embargo, la ausencia de un mecanismo compensatorio a favor de los socios o de los terceros que pudieran resultar dañados como consecuencia de una fusión irregularmente realizada, y que haría conveniente una posterior atención al tema

causa de disolución de la SE, indicando, después de una interpretación sistemática del precepto que la contempla (art. 30) y de la redacción del Reglamento en otras lenguas, que ha de considerarse como «la ausencia de irregularidades o la verificación de defectos o vicios en los procedimientos de control de legalidad», *ob. cit.*, pág. 140.

con carácter general por parte del legislador comunitario, al margen de que pueda ser contemplado por los ordenamientos nacionales en virtud del posible desarrollo de normas para garantizar la aplicación del presente Reglamento (art. 68), si bien es cierto que siempre quedaría la eventual responsabilidad de los miembros del órgano de las sociedades que hubiera intervenido en la elaboración y ejecución de la fusión para constituir una SE.

El problema es el de la interpretación a dar con respecto a la posible aplicación a una SE ya constituida del régimen de nulidad de constitución de sociedades anónimas que tenga el ordenamiento del Estado al que desde su constitución queda sometida por razón del domicilio (art. 15), y al que la autoridad competente para el control de legalidad de la fusión y de la constitución simultánea de la SE tuvo que tener en cuenta al efectuar la oportuna calificación (art. 26.4). Es este un dilema que se ha planteado tanto en relación con el sistema de Directivas comunitarias, que contemplaban la nulidad en relación con la constitución (art. 11 de la I Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo) y en relación con la fusión (art. 22 de la III Directiva 78/855/CEE), como en el sistema societario de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros que contemplan también ambas posibilidades de nulidad. La cuestión tiene un mayor alcance todavía con respecto a la nulidad de una SE constituida por fusión, en cuanto que la constitución de este tipo societario puede tener lugar por la vía de cualquiera de ambas modalidades de fusión (tanto la fusión por absorción como la fusión por constitución son vías aptas para crear una SE que antes no existía como tal), mientras que el problema en el sistema comunitario de directivas, o en el de los diversos ordenamientos nacionales sólo es planteable en relación con la fusión por constitución, que es la única modalidad que da lugar a la creación de una nueva sociedad anónima, aunque es cierto que el alcance de lo dicho haya de relativizarse al tratarse ahora de su instrumentación para constituir ahora una SE.

Nos parece que el hecho de que el legislador haya querido dotar de eficacia sanatoria a todo el proceso de fusión para creación de una SE como consecuencia de su inscripción, sea ya a la parte del procedimiento que corresponde a cada sociedad, o bien sea a la que corresponde a la realización de la fusión y simultánea constitución de la SE, supone también el querer pretender que el control de legalidad, que ha de caer sobre las condiciones exigidas por el ordenamiento del Estado en el que fija su domicilio, sirve de base suficiente para determinar una eficacia sanatoria sobre la constitución en sí misma considerada. Se está ante un supuesto particularizado que es la nulidad de una SE constituida por fusión, que se regula por una norma específica y de aplicación directa que es el Reglamento que aprueba el Estatuto de la SE, que goza de autonomía absoluta con respecto a cual sea el régimen de nulidad de constitución de sociedades anónimas que puedan establecer los diversos ordenamientos nacionales comunitarios. Y esto es así al

margen de la afirmación del RESE de que «la constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en el que la SE fije su domicilio social», puesto que esta remisión es aplicable «salvo lo dispuesto en el presente Reglamento» (art. 15.1), que a los efectos del tema de nulidad que se analiza se entiende que tiene su propio régimen. Lo que además añade una indudable seguridad jurídica y elimina una posible tensión entre los diferentes ordenamientos en orden a proceder a la conveniencia de un posible debilitamiento del régimen de nulidad que contemplan por si fuera conveniente a efectos de un mayor atractivo para la captación de las SE que se constituyan. Parece adecuado interpretar que, por lo tanto, el RESE ha acabado con la polémica en torno a la interpretación a dar al elenco de causas de nulidad que la III Directiva configuraba (art. 11) con respecto a la obligatoriedad de su introducción en las legislaciones de los Estados comunitarios para regular sus fusiones nacionales, como con el debate sobre la posible nulidad de la sociedad resultante. La inscripción registral de una SE, nacida como consecuencia de una fusión, tiene efectos sanatorios, de forma que «no podrá llevarse a cabo la nulidad de una fusión... una vez se haya llevado a cabo la inscripción de la SE» (art. 30), en lo que se estima un efecto tanto con respecto al proceso de fusión en sí mismo considerado, como en relación con la propia SE resultante, ya que además el mismo RESE señala que el efecto sanatorio se refiere a la fusión «con arreglo al apartado 1 del artículo 2», cuyo contenido no es otro que la referencia a la posible constitución de una SE mediante fusión como una de las posibles modalidades que aquél arbitra para su creación (art. 2).

VII. REFERENCIA A «LA IMPLICACION DE LOS TRABAJADORES» EN EL MARCO DE LA FUSION COMO MODALIDAD PARA CONSTITUIR UNA SE

El acuerdo de las Juntas Generales de las sociedades participantes en la fusión para constituir una SE cae, como se ha visto, sobre el proyecto de fusión (art. 23.1), que ha de contener necesariamente la «información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2001/86/CE» (art. 20.1.i DITSE). El proyecto de fusión ha de ofrecer por lo tanto una información suficiente del «procedimiento de negociación» que la DITSE contiene, y que en sus contenidos es de aplicación a toda modalidad de constitución de una SE y no sólo a la fusión (art. 1.2 y Sección II) y de las posibles alteraciones que pueden presentarse en él. Teniendo en cuenta, para un cumplimiento adecuado de la exigencia, que el régimen jurídico del procedimiento de la DITSE afecta esencialmente a la constitución y funciona-

miento de la «comisión» encargada de negociar las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores (art. 3), al contenido del acuerdo y duración de las negociaciones (arts. 4 y 5), a la determinación de la legislación aplicable al procedimiento negociador (art. 6), y a las disposiciones de referencia que sobre la materia han de establecer los Estados miembros a fin de que sean aplicadas de forma subsidiaria, si es que las partes lo deciden, o bien no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo legalmente establecido (art. 7).

El mandato de que el «proyecto de fusión» tenga una información suficiente del «procedimiento de negociación» no implica, por lo tanto, que tenga una información sobre cuál va a ser la modalidad precisa y definitiva de «implicación de los trabajadores» con la que se configurará la sociedad que se constituye, sino tan sólo una referencia a los diversos aspectos indicados y que son de aplicación a la SE con independencia de cual sea la técnica de su constitución. El acuerdo de las Juntas Generales no puede caer, por consiguiente, al aprobar «el proyecto», sobre cual sea la posible modalidad de «implicación», en tanto que ésta no ha sido todavía elaborada y «se decidirá con arreglo a la Directiva 2001/86/CE» (art. 23.2 RESE).

El «proyecto de fusión» es así el elemento temporal de referencia a tener en cuenta por los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes para realizar «las gestiones necesarias», que habrán de iniciarse lo antes posible, pero una vez publicado aquél, en orden a «entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades» a fin de constituir la «comisión negociadora que habrá de pronunciarse sobre «la implicación de los trabajadores» (art. 3 DITSE).

La modalidad de fusión como concreta técnica utilizada para constituir una SE ofrece además alguna peculiaridad con respecto al régimen general regulador del procedimiento de negociación en lo que se refiere a la composición de la comisión negociadora. La DITSE requiere incorporar miembros adicionales en representación de cada Estado, siempre que se den determinadas circunstancias, a fin de garantizar una adecuada presencia de los trabajadores de todos los Estados miembros de las sociedades participantes que vayan a dejar de existir (art. 3.2.a.ii DITSE); al igual que también existen especificaciones individualizadas en relación con un refuerzo de las mayorías exigibles para adoptar acuerdos en la comisión negociadora cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación que los trabajadores tenían «si la participación afecta al menos al 25 por 100 del número total de trabajadores de las sociedades participantes» (3.4 DITSE).

La comisión negociadora puede decidir no entablar negociaciones o terminar las ya iniciadas (art. 4.6 DITSE), llegar a un acuerdo de implicación adoptando alguna de las posibles modalidades (creación del órgano de representación interlocutor a efectos de información y consulta de los trabajadores; establecimiento de un procedimiento de información y consulta; participación

en los órganos de administración o de control de la SE —art. 4—), o bien aplicar las «disposiciones de referencia» que los Estados miembros han de establecer, cumpliendo las disposiciones previstas en el anexo de la DITSE (afectan a la composición del órgano; a la información y consulta; a la participación en los órganos de la SE), si es que las partes así lo deciden o no se ha llegado a un acuerdo en el tiempo legalmente establecido y los órganos competentes de cada una de las sociedades lo deciden a la vez que continuar el procedimiento de registro de la SE (art. 7). Y es en relación con esta tercera posibilidad donde se establecen determinadas exigencias en orden a la aplicación de las disposiciones de referencia sobre participación en los órganos de la SE (parte tres del anexo) cuando se trata de la constitución de una SE por fusión (art. 7.2.b). En el caso de una SE constituida por fusión sólo se daría esta modalidad de participación en la SE, si antes de su inscripción se aplicaban ya una o más fórmulas de participación en una o más de las sociedades participantes, pero posibilitándose, incluso, que los Estados miembros puedan prever que no se apliquen dichas disposiciones en virtud del ejercicio de tal derecho que la DITSE permite, para lo que se establece una cláusula de opción a tal fin (art. 7.3) en lo que fue el resultado de un acuerdo transaccional a fin de facilitar la aprobación del actual texto comunitario (63).

El procedimiento de fusión requiere, como se ha visto, que el control de legalidad sobre la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE recaiga en particular también sobre el hecho de «que las sociedades que se fusionan hayan establecido las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores con arreglo a la Directiva 2001/86CE (art. 26.3 RESE). Y esta calificación previa es necesaria en cuanto que sin ella no podría registrarse la SE, paralizándose lo que es una exigencia constitutiva para la fusión y simultánea constitución de la SE (art. 27 RESE) con plena personalidad jurídica (arts. 12.1 y 16 RESE). El RESE establece (art. 12.2), en consecuencia con lo dicho, que no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación (cualquiera que fuera el contenido del mismo en el marco de las posibilidades permitidas —art. 4 DITSE—), se haya tomado la decisión de no iniciar o terminar las negociaciones (lo que significa que los trabajadores habrán de basarse en las disposiciones sobre información y consulta que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores —art. 3.6 DITSE—), o haya expirado el período legal de duración de la negociación sin llegar a ningún acuerdo (en lo que supone la aplicación de las disposiciones de referencia sobre implicación de los trabajadores del Estado en el que vaya a situarse la sede social de la SE, y que se le aplicarán a partir de la fecha de su inscripción —art. 7.1 DITSE—). En cualquier caso, las Juntas Generales

(63) GARCIMARTÍN, «El Reglamento...», *ob. cit.*, págs. 10 y sigs.

de cada una de las sociedades que se fusionan podrán reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones que así se determinen (art. 23.2 RESE), en lo que realmente es el establecimiento de una condición resolutoria que deja la decisión final en sus manos y que se justifica en el hecho de que pudieron haber adoptado sus respectivos acuerdos sin conocer cuál era la real implicación de los trabajadores en la SE resultante.

El problema podría provenir del hecho de querer constituir por fusión una SE en algún Estado que hubiera ejercido la cláusula de opción para evitar la incorporación de las disposiciones de referencia sobre cogestión (art. 7.3 DITSE). En este caso, una SE no podría constituirse por fusión salvo que se hubiera celebrado un acuerdo de implicación —incluida la participación de los trabajadores—, o bien ninguna de las sociedades participantes hubiera estado sujeta a normas de participación con anterioridad a la inscripción de la SE que se constituye (art. 12.3 RESE). La utilización por los Estados miembros de esta posibilidad supondría un riesgo indudable de huida de SE hacia otros Estados, o incluso el de una infrautilización de la propia figura de la fusión diseñada por el RESE para constituir una SE en beneficio de la fusiones transfronterizas ordinarias (64).

ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN
Catedrático de Derecho Mercantil
(Universidad de Castilla-La Mancha)

(64) ESTEBAN VELASCO, «El compromiso...», *ob. cit.*, págs. 159 y sigs.

DICTAMENES Y NOTAS

La ampliación del Derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)

SUMARIO: I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA OPERACION CREDITICIA:

1.º LA CONSIDERACIÓN DE LA OPERACIÓN REALIZADA COMO UNA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA. 2.º LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE MODIFICAR LA OBLIGACIÓN PRIMITIVA Y LA EXISTENCIA DE TERCEROS AFECTADOS. 3.º SOBRE LA ASIMILACIÓN DE NUESTRA FIGURA A LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE «PARTE DE UN CRÉDITO».—II. SOBRE LA INCIDENCIA EN LA HIPOTECA DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: 1.º LA INCLUSIÓN DEL IMPORTE DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DENTRO DE LA CIFRA DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DE LA HIPOTECA (ANTERIOR). LA HIPOTECA DE PROPIETARIO. 2.º ALGUNAS DUDAS MÁS O MENOS HETERODOXAS SOBRE EL ENTENDIMIENTO HABITUAL DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA. 3.º SOBRE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. SU REDUCCIÓN Y LA CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA. 4.º UN POCO MÁS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL CRÉDITO Y LA HIPOTECA Y SOBRE LA EXCLUSIÓN PARA ÉSTA DE UNA PRETENSIÓN ECONÓMICA LLAMADA «RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA». 5.º LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA COMO CONSECUENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA. 6.º EN CONCLUSIÓN: A) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de no existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y anteriores a la pretensión de ampliación.* B) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y preferentes a la pretensión de ampliación.*

En tiempo bien reciente, la DGRN ha tenido variada ocasión de manifestarse sobre la operación anunciada en el título que viene desarrollándose con bastante frecuencia en la práctica, aunque no sin cierta controversia.

Si bien en un esquema teórico las posibilidades que se plantean de modificación, ampliación, novación, acumulación y yuxtaposición de una obligación garantizada con hipoteca y su correlativa influencia en ésta son muy diversas, lo cierto es que la figura contemplada por las recientes Resoluciones (RR), a la que se refieren estas líneas, y que es la que puede considerarse generalizada en la práctica, va a concretarse en un supuesto específico. Se trata, en esencia, de la ampliación de la obligación garantizada mediante la concesión al deudor de un nuevo préstamo por la Entidad acreedora (o más exactamente de una nueva obligación de la misma naturaleza que la antigua, es decir, por ejemplo, crédito si de crédito se tratara); este nuevo préstamo sumado a la cantidad pendiente de pago del préstamo anterior (pues generalmente se reconoce amortizado parte del mismo) se configura como deuda única, con pretensión reiteradamente manifestada por las partes de ser una mera modificación («novación modificativa») de la obligación primera, para la que se establece un nuevo y único cuadro de amortización con modificación, asimismo, en la generalidad de los casos del plazo de devolución y en ocasiones también del interés u otras circunstancias, y con idéntica pretensión por las partes de que la obligación resultante quede garantizada con la misma hipoteca que garantizaba la obligación primitiva, pretensión a veces también expresamente manifestada y en otras dada por descontada, habida cuenta de la naturaleza meramente modificativa del crédito garantizado que a su entender ocasiona la operación realizada.

Las RR a las que me refiero, atinentes de una manera u otra al supuesto, son las de 26 de MAYO de 2001, 9 y 17 de ENERO, 30 de ABRIL y 8 de JUNIO de 2002. Supuestos de hecho y fundamentos de derecho se repiten en ellas, en ocasiones mediante copias absolutamente literales, por lo que por razones prácticas los párrafos que he escogido para trasladar aquí pertenecen todos ellos a la última, y cuando así no sea lo haré constar expresamente.

Por razones obvias, la exposición de este trabajo se divide en dos apartados relativos, respectivamente, a la naturaleza de la operación crediticia realizada y a la incidencia de la misma en el Derecho real de hipoteca.

I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA OPERACION CREDITICIA

La DG considera que resulta claro que lo querido por las partes es la *«subsistencia de la obligación inicial aunque ampliado su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. art. 1.204 del Código Civil) y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surgiría de su ampliación que conduciría al mismo resultado, pues excepción hecha del*

quantum, no hay una variación en sus elementos esenciales, ni se ha producido una renovación del contrato que le dio vida».

1.º LA CONSIDERACIÓN DE LA OPERACIÓN REALIZADA COMO UNA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

La DG centra desde el primer momento la cuestión planteada desde la perspectiva crediticia en la naturaleza puramente modificativa de la misma. Por lo tanto, este es el punto de partida del análisis, y creo que huelga aquí el considerar que los supuestos podían ser otros. Desde un punto de vista teórico, desde luego que sí, pero en cuanto a la realidad de los casos que en la práctica han venido desarrollándose de una u otra manera con arreglo al esquema que he descrito al iniciar este trabajo pueden todos ellos reconducirse a la unidad que realiza la DG. Unidad que, como vemos y luego desarrollaremos, encuentra su elemento de cohesión en la idea de que esa pretensión estrictamente modificativa es exactamente la voluntad de las partes intervinientes.

De modo que excluyo en principio de mi comentario los supuestos en que lo querido por las partes hubiera sido la «novación» de la obligación garantizada, o la «acumulación» o «yuxtaposición» de una nueva a la antigua. (Supuestos que por otra parte son casi inexistentes en la práctica, por la sencilla razón, que no debe en absoluto desdeñarse, de que la operación se realiza bajo la insoslayable premisa para las Entidades acreedoras de conservación de la garantía, de modo que éstas no se prestarían a ninguna operación de semejante naturaleza sin tal absoluta seguridad.) Para la DG todos los supuestos contemplados expresan una voluntad modificadora de la obligación garantizada, y bajo ningún concepto podrá negarse que esto es así, porque es así como reiteradamente se manifiestan las partes en todas las escrituras sin excepción.

Con todo, se me ocurren algunas consideraciones. La primera es que, según el parecer de la DG, el «plazo» no es un elemento esencial de la obligación, por cuanto, como hemos visto en el párrafo transcrito, entiende que salvo el *quantum*, que sí lo es, no ha habido variación en ningún otro, mientras que sabemos por la relación de hechos que también se había acordado ampliar el plazo de duración. La esencia de la obligación es desde luego la prestación, y puede acaso considerarse accidental el momento en que debe cumplirse. (En apoyo de la posición de la DG, explicativo incluso de su silencio al respecto, pudiera citarse la Ley 2/94, de Subrogación y Novación de Préstamos Hipotecarios, que contempla dentro de esta última —en la que únicamente concibe la modificación de la hipoteca, esto es, la llamada «novación modificativa»— la alteración del plazo en unión de la modificación del interés.)

En todo caso, este planteamiento de la DG debe servir para resolernos el que acaso pueda ser el problema más agudo desde un punto de vista teórico de las «ampliaciones de préstamo», pues acaso es fácil convenir en el carácter «ampliatorio» de un préstamo anterior del nuevamente concedido de escasa cuantía proporcional respecto del primero (y sin alteración del plazo de devolución), pero puede resultar más difícil de asumir cuando el nuevo préstamo se concede en el momento en que está a punto de vencer el préstamo anterior, cuyo plazo por lo tanto se prorroga sustancialmente y por una cuantía que excede con mucho del capital pendiente del primitivo. Con arreglo al criterio de la DG parece que, en todo caso, deberá atenderse a la voluntad modificadora y no extintiva manifestada por las partes, a quienes por tanto corresponderá valorar a sus efectos la esencialidad de la modificación para hacerla decaer precisamente de esta naturaleza meramente modificativa; salvo que se produzca, lo que evidentemente obedece a la misma voluntad, una verdadera «renovación contractual».

Por lo tanto frente a la posible pretensión del Registrador de la Propiedad, en su legítima función de fijar por la inscripción el régimen jurídico que afecta a terceros, de analizar la operación desde una exquisita dogmática jurídica —para deducir si hay nueva o vieja obligación—, se alza el valladar de lo querido por las partes, valladar que, comparto con la DG, aquél no puede saltar, porque el Registrador de la Propiedad no es tercero respecto del que la ficción de la voluntad de las partes que la (¿ley?) y jurisprudencia reconocen deba levantar necesariamente su velo. Cosa, a mi entender, distinta es que consten al Registrador de la Propiedad la existencia de esos terceros que no pueden ser afectados por la ficción, o que el rechazo de aquél obedezca a razones atinentes en exclusiva al Derecho real de hipoteca, extremos que serán estudiados más adelante; pero prescindiendo de estas circunstancias, en ningún caso podrá exigir de las partes que manifiesten su voluntad de configurar sus obligaciones con arreglo a sus convicciones dogmáticas por las estéticas y rigurosas que éstas sean.

Por otra parte debe decirse que la DG en este Fundamento está simplemente analizando la operación obligacional documentada, análisis del que en ningún caso pueden seguirse conclusiones seguras acerca de la inscripción de la misma. Quiero decir que de la calificación como «novación modificativa» y no como «novación extintiva» que hace la DG de la operación —expresiones, ya se sabe consagradas en la práctica, doctrina y jurisprudencia, por lo que se hace aquí también uso de ellas, aunque las entiendo desafortunadas para expresar lo que de hecho son la «modificación», en la que acaso como subespecie puede tratarse la «ampliación» y la «novación» de una obligación—, no puede seguirse sin más la conclusión de que en el segundo caso no sería admisible la hipoteca ni la ampliación de hipoteca, cuya admisibilidad va a reconocerse, bien que de una manera ciertamente peculiar, como veremos, para la primera.

Existe una difusa *communis opinio* que da por descontado que la «novación» (extintiva) provoca la extinción de la hipoteca, sin más razón que su accesoriedad, o más exactamente sin más razón que una también apriorística concepción de su accesoriedad. No hay un solo precepto legal que establezca expresamente esa consecuencia que se tiene por tan obvia, y ni siquiera el citado artículo 1.207 del Código Civil, del que pudiera deducirse, acaso con mejor fundamento, la solución contraria. No pretendo yo en este momento defender la supervivencia de la hipoteca a la novación (extintiva) de la obligación —lo que desde luego pasaría por la inexistencia de terceros (registrales) perjudicados—, sino simplemente dejar sentado que las RR que aquí se comentan no pueden utilizarse en defensa del criterio contrario por parte de la DG sencillamente porque, aunque acaso tal idea estuviera en la mente del redactor, no lo dudo, desde luego no ha quedado expresada, por lo que lo único que puede establecerse como cierto es que para la DG nos hallamos ante un supuesto de novación modificativa, sin ninguna consecuencia más a deducir, consecuencia que en todo caso, incluso aunque hubiera sido manifestada, tendría valor de un *obiter dicta*.

Es posible, seguramente inevitable, que más adelante haya de expresar mi lectura del indicado artículo del Código Civil, que, respetuosa a lo que entiendo con el principio de accesoriedad de la hipoteca, permite la sobrevivencia de ésta a la novación de la obligación garantizada.

2.º LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE MODIFICAR LA OBLIGACIÓN PRIMITIVA
Y LA EXISTENCIA DE TERCEROS AFECTADOS

A continuación apunta la DG que acaso respecto de terceros deba entenderse que verdaderamente existen dos obligaciones cada una con su fecha: «Ciertamente, puede plantearse si frente a terceros —piénsese en una situación concursal (cfr. art. 881 del Código de Comercio)—, la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia (cfr. arts. 1.924.3.a en relación con el 1.929 del Código Civil), etc., no habrá de entenderse que existen dos obligaciones, pero entre las partes contratantes han de primar los efectos de su voluntad que es establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos previstos en el artículo 1.169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularán también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda».

Antes de entrar en la problemática que puede plantear para la operación querida por las partes la existencia de terceros afectados, conviene insistir en la manifestación de que tal operación pretende establecer la existencia de un

solo crédito con un único y uniforme régimen jurídico. Es decir, el resultado de la operación desde el punto de vista sustantivo, y por tanto al que el registral debe atender es la existencia de un solo crédito. Por lo tanto, si esto es así, no creo que debiera admitirse la inscripción de la ampliación de la hipoteca, si su resultado fuera el desdoblamiento o fraccionamiento del crédito. Opino que en tal caso la inscripción no habría de practicarse, ni aún contando con el consentimiento de los interesados, porque en tal caso el asiento registral discreparía del contenido de la escritura pública, lo que en principio no debe admitirse.

En el párrafo ahora comentado, la DG contempla la posible incidencia que pueda tener la modificación querida por las partes respecto de terceros extrarregistrales; esto es, la masa de acreedores de una futura situación concursal del deudor o los acreedores de fecha fehaciente intermedia entre la obligación primitiva y su ampliación pretendidamente modificadora. A éstos pudieran añadirse algunos otros como los de acreedores privilegiados cuyo privilegio tenga un límite temporal que los haga preferentes a la ampliación pero no a la obligación primitiva. No es preciso ser aquí más preciso. Lo que importa es observar cómo la DG apunta su posible existencia que podrá, obviamente, generar diversas consecuencias jurídicas, pero para nada se plantea que tal posibilidad puede llegar al extremo de impedir la consignación registral de la voluntad de las partes en los estrictos términos en que su voluntad se ha manifestado. Es decir, en modo alguno la hipotética existencia de esos terceros extrarregistrales debe ser valorada como una circunstancia que condicione la inscribibilidad del correspondiente documento.

El hecho de que la retroacción de efectos de la quiebra en que después de la operación analizada hubiera caído el deudor pudiera conllevar la cancelación de la operación registral practicada en virtud de la voluntad modificadora de las partes, o la circunstancia de que posibles acreedores extrarregistrales puedan pretender (e incluso obtener, si tal es la apreciación judicial) su preferencia al importe de la ampliación —e incluso al total importe del préstamo, arguyendo que todo él es resultado de una «novación extintiva» con pérdida de fecha y garantías—, para nada puede obstaculizar la inscripción solicitada. La conclusión que se obtiene del indicado párrafo de la Resolución es que la posible existencia de terceros (extrarregistrales) perjudicados no puede alterar por sí sola la consignación registral de la voluntad de las partes de establecer una regulación única y uniforme para su única obligación. Ni siquiera los pruritos dogmáticos por más legítimos que sean del Registrador de la Propiedad. Y no sólo porque la facilidad de determinar el importe de las respectivas obligaciones, inicial y ampliación —ya que son una pura cifra económica fácilmente desglosable—, resolvería hipotéticos problemas, ni tampoco porque pudiera defenderse que, desde el plano estrictamente hipotecario, a la situación y derechos de tales terceros les resultaría indiferente que en lugar

de recurrir a la ampliación de la hipoteca, las partes hubieran optado por una nueva hipoteca que garantizara exclusivamente el nuevo crédito, sino esencial y fundamentalmente porque nos hallamos ante un supuesto de hecho por principio extrarregistral y las circunstancias extrarregistrales en ningún caso deben tener influencia a la hora de la inscripción, pues si algo no puede inscribirse porque es susceptible de perjudicar a tercero (no inscrito), nada sería inscribible, pues precisamente la esencia del Registro es causar ese perjuicio a tercero (al evitar el propio).

Problema radicalmente distinto es el de la posible existencia de terceros registrales; esto es «titulares de cargas intermedias» entre la hipoteca y su ampliación. De éstos se ocupa la Resolución con posterioridad, por lo que su presencia aquí debe dejarse para más adelante. Con todo debe insistirse en que si la ampliación de la hipoteca llega a inscribirse debe ser sobre la base de un crédito único; de modo que con independencia de la solución que a este tema se dé, un problema distinto para el que habría de encontrarse una solución asimismo propia, sería el caso en que por la existencia de terceros registrales (cargas intermedias en general entre la hipoteca y su pretendida ampliación) tal unidad crediticia no pudiera sostenerse porque la presencia de tales terceros hace patente la dualidad de obligaciones y la imposibilidad de que sobre ella se imponga la voluntad «unificadora» de las partes.

En definitiva la DG se rinde como se ha rendido en general toda la jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo —es algo tan sabido que resulta innecesaria la cita de sentencias concretas— (y tras de ella inevitablemente la doctrina) a la voluntad de las partes en esta materia del Derecho de Obligaciones. Quiero decir que en todo este ámbito las cosas no son como son, sino como las partes quieren que sean, salvo que aparezca un tercero para el que las cosas mantienen su obvia objetividad. De modo que las partes pueden querer que el crédito (cesión) o la deuda (asunción) se transmitan permaneciendo en su ser la misma obligación, no obstante el esencial cambio subjetivo (y como consecuencia el ámbito de responsabilidad), e igualmente podrán querer cambiar de arriba abajo el contenido de su obligación que seguirá siendo para ellos la misma, si ningún tercero les despierta de su sueño.

Ahora bien, el problema que más nos debe interesar es el de si puede trasladarse la misma voluntad al ámbito de los derechos reales, vocacionalmente llamados a afectar a terceros, dado que éstos surgen en virtud de un título igualmente obligacional. ¿Pueden las partes pretender que sea la misma hipoteca la que subsista en garantía de una obligación que subsiste por su misma voluntad? En todo caso debe reconocerse que la razón sustancial de la insistencia de las partes en el término «modificación» se halla precisamente en la angustiada voluntad de querer no perder aquélla. La pretensión no puede ser más natural y comprensible.

Es obvia la diferencia que media en orden a esta peculiarísima «autonomía de la voluntad» entre los derechos personales y los derechos reales. La DG (Resolución de 20 de octubre de 1998) ha rechazado que la «misma» hipoteca subsista en el caso de cambio de la finca hipotecada; acaso deba llegarse a la misma conclusión cuando el elemento modificado sustituido sea el otro «objeto» de la hipoteca, el crédito, pero con todo, si bien veo con claridad que la «publicidad» de la carga hipotecaria sobre una finca —publicidad que no olvidemos es elemento constitutivo del derecho— y no sobre otra determina la imposibilidad de su sustitución, me parece más dudosa la misma conclusión cuando de la misma finca y del «mismo» crédito (modificado o novado) se trata, porque no alcanzo a ver las razones teóricas que imposibiliten la inscripción de «modificación» de la hipoteca por modificación (incluso novación) del crédito y obliguen en cambio a la cancelación de la hipoteca y simultánea constitución de otra distinta, con las graves consecuencias que para el titular de ésta se derivan. En todo caso es un tema que requiere de algunas precisiones acerca de la naturaleza del Derecho real de hipoteca, por lo que debo dejarlo para el apartado siguiente en el que nos ocuparemos de ésta.

No obstante debo adelantar al respecto que me llaman poderosamente la atención las prevenciones que en la práctica se producen. Podemos llegar a ver en los Registros de la Propiedad la venta de la finca hipotecada con asunción de deuda por el comprador e incluso con simultánea cesión del crédito a Entidad acreedora distinta (digamos, por abreviar, subrogación Ley 2/94), sin que se plantee problema alguno sobre la subsistencia de la hipoteca. Sin embargo, la operación empezará a ser mirada con disfavor si además conlleva alteración de plazo.

En todo caso debo repetir que nos hemos ido deslizando inconscientemente hacia el tema de la incidencia en la hipoteca de la modificación (concretamente ampliación) de la obligación garantizada, tema que metodológicamente habíamos reservado para el segundo apartado. Dejamos aquí tan solo apuntado el debate y para más adelante su continuación (que obviamente en tema tan opinable no quiere ser concluyente), necesitada como se halla además de unas ideas previas sobre el particular entendimiento del Derecho real de hipoteca. Continuamos ahora con el tema del crédito porque la DG remacha con una comparación la «unidad» de crédito resultante de la operación de ampliación, que merece algún comentario.

3.º SOBRE LA ASIMILACIÓN DE NUESTRA FIGURA A LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE «PARTE DE UN CRÉDITO»

A continuación la DG insiste en la idea de unidad del crédito —es decir, unicidad y uniformidad de régimen jurídico de la obligación resultante— mediante su comparación con el problema de la obligación garantizada hipotecariamente en parte, aunque sea para expresar que tal unidad no resuelve el problema de la posibilidad de ampliación de la garantía: *«En todo caso, la solución al problema anterior no condiciona la que ha de darse a la ampliación de la hipoteca, pues el mismo se plantearía igualmente en el supuesto en que se pretendiera garantizar parte de una obligación originariamente única. Sería, por ejemplo, el caso en que garantizada con hipoteca una parte tan sólo de un préstamo (vid. Resoluciones de 2 y 3 de enero de 1996) conviniesen posteriormente las partes en extender la cobertura hipotecaria a otra parte del mismo o al resto no garantizado».*

La comparación me parece de todo punto oportuna en cuanto a la pretensión que me anima de sentar que la conclusión inevitable desde la que se debe analizar, y en su caso inscribir, la figura, es la de considerar la obligación garantizada como una sola e idéntica. Sin embargo la forma de manifestarse del Centro Directivo puede plantear graves problemas respecto de los que conviene guarecerse.

Porque su expresión de que lo garantizado es, en el caso de las Resoluciones que cita, *«una parte tan sólo del préstamo»*, puede venir a dar razón a la doctrina que critica duramente las mismas por haber desconocido paladinamente el principio de especialidad registral. A mi modo de ver, las cosas no son exactamente así, porque para aquellas Resoluciones, lo garantizado era el *«crédito»* o la *«obligación»*, sin distinción de partes, es decir, en su totalidad, con independencia de que se limitara la responsabilidad hipotecaria a una cifra máxima de aquél o de aquélla —de modo que la hipoteca transitaba hacia una nueva naturaleza que acaso podía justificar su admisión—. Es obvio que en el caso de que se garantice una obligación, pero se limite la responsabilidad a una parte (cifra) del crédito, todo el crédito se halla garantizado porque *«el incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado»* (Resolución de 2 y 3 de enero de 1996), de modo que no es una *«parte»* determinada de él el objeto de la garantía.

Conviene tener bien presente esta diferencia en la que luego se habrá de insistir. El *«crédito»* es la obligación garantizada, la *«responsabilidad hipotecaria»* es la cifra de aquél (y de sus accesorias) cubierta por la garantía. Pero la responsabilidad hipotecaria no es una *«parte»* del crédito.

Por lo tanto constituida una hipoteca de seguridad por una cifra máxima en garantía de una obligación determinada, que no cubre por tanto la totalidad

de su importe, deberá analizarse con mucho cuidado la operación que en su día se realice de ampliar dicha cifra de responsabilidad. Porque si de tal ampliación resultara la existencia de hipotecas distintas, no cabe duda de que nos hallaríamos ante el caso de hipotecas solidarias o subsidiarias, ya que ambas vendrían a garantizar la misma obligación en su integridad, bien que las cantidades efectivamente cubiertas por una o por otra no alcanzan a comprender aisladamente la totalidad del crédito. En tal caso el acreedor, ante el «*incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea*», podría pretender la ejecución de la primera hipoteca, o de la segunda —puesto que la indeterminación de la parte respectivamente cubierta implica que la parte impagada se halla asegurada por ambas—, o de una después de otra, si lo obtenido en la ejecución no llegara a cubrir la cifra de responsabilidad de la hipoteca primeramente ejecutada.

Si por el contrario los interesados determinaran —en el supuesto anterior de que la ampliación implicara hipoteca nueva—, en el momento de la ampliación, las partes del crédito que quedarían garantizadas respectivamente por una o por otra de las hipotecas, me cuesta mucho creer que puedan mantener su pretensión de que el crédito es «único» con dos garantías parciales, frente a la realidad obvia, al menos desde el punto de vista hipotecario, de que se ha producido una «división» del crédito.

II. SOBRE LA INCIDENCIA EN LA HIPOTECA DE LA AMPLIACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

1.º LA INCLUSIÓN DEL IMPORTE DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DENTRO DE LA CIFRA DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DE LA HIPOTECA (ANTERIOR). LA HIPOTECA DE PROPIETARIO

La primera y más fácil ocurrencia que se aparece para garantizar las ampliaciones de crédito sin necesidad de recurrir a la cancelación de la hipoteca primitiva y constitución de hipoteca nueva, es aquélla que se sugiere por los recurrentes: compensar la ampliación del crédito con su reducción por las amortizaciones periódicas, de modo que manteniéndose inalterada la responsabilidad hipotecaria, la misma hipoteca viene a garantizar el crédito resultante de la ampliación. En resumidas cuentas, si la hipoteca garantiza diez, se han amortizado cinco y se amplía el préstamo mediante «novación modificativa», en cuatro, la deuda final actual de nueve no excede de la primitiva responsabilidad hipotecaria, ni por tanto se modifica la hipoteca.

No hace falta meditar mucho para que la primera sensación se transforme en certeza de que tal planteamiento chirría con nuestro sistema hipotecario. La DG lo rechaza desde la primera de las Resoluciones citadas, apelando para ello a los grandes principios que la que nos sirve de guía resume de esta

manera: *«La accesoriadad de la hipoteca respecto de la obligación para cuya seguridad se constituyó (arts. 1.212, 1.528 y 1.857 del Código Civil, y 12 y 104 de la Ley Hipotecaria), su indivisibilidad con subsistencia en tanto no se extinga totalmente esa obligación (arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) y su propia y única prioridad determinada por la fecha de su inscripción (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria) hacen que sea conceptualmente imposible distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas. Estas características determinan como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o en parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriadad e indivisibilidad».*

Nada que objetar sin duda a estas palabras de la DG. En un sistema llamado por generalizar germánico, los titulares de cargas posteriores a la hipoteca son conscientes de la reserva de rango que ésta representa, en un sistema llamado con idéntica inexacta generalización latino, los titulares de cargas posteriores a la hipoteca no pueden sospechar que la misma va a pasar a garantizar un crédito diferente de aquél para el que se constituyó.

No debe dejar de reconocerse sin embargo que la simplista construcción que la DG rechaza rotundamente encontraba su autojustificación en la pretensión de ser último recurso o vía de escape. Dando por supuesto que el principio de accesoriadad de la hipoteca impedía su pervivencia a la ampliación del crédito, de modo que la única alternativa posible era la constitución de hipoteca nueva en garantía del préstamo nuevo, y además, en su caso, la cancelación de la hipoteca antigua si el préstamo por ésta garantizado se fundía con el nuevo en una obligación inevitablemente nueva, el único medio para evitar la cascada de gastos, cuando no otras graves consecuencias jurídicas, era defender la no modificación de la hipoteca por no alteración de la cifra de responsabilidad hipotecaria. La confusión de concebir la hipoteca como un derecho de pretensión económica podía avalar el intento ya que de suyo las «cifras» son abstractas e indiferentes.

Sin embargo las «cifras» no son más que cifras, y lo que para nada resulta indiferente es la obligación que cuantifican. De modo que no es en absoluto lo mismo para el Derecho real de hipoteca que la «cifra» de responsabilidad hipotecaria cuantifique una obligación u otra distinta, aunque esta última sea una «ampliación» de la primera.

De modo que por no afrontar el problema de fondo, esto es, por evitar la discusión sobre la posible ampliación del Derecho real de hipoteca, tema considerado casi tabú, se recurre a una construcción no solo fácil y simplista, sino inaceptable porque las consecuencias teóricas y prácticas que de ella se siguen resultan sin duda mucho más peligrosas que las que pudieran resultar del debate rehuido. La tesis rechazada viene a identificar el derecho de hipoteca con la cifra de responsabilidad hipotecaria, de modo que la abstracción de este número define el ámbito del derecho, ámbito por debajo del cual las partes pueden moverse con una cierta comodidad, pues en tanto no lo superen el «paraguas» de la hipoteca no se verá modificado.

Por mucho valor «modificativo» que quiera darse a la ampliación de crédito y he asumido reiteradamente que ello es así, resulta de la naturaleza de las cosas que hay en ella una obligación nueva, que la fuerza de la ficción que se reconoce a las partes no puede llegar al extremo de confundir esa obligación con la parte amortizada de la antigua, y que la responsabilidad hipotecaria no es una abstracción de cifra a la que en cada momento puede atribuírsele el contenido obligacional que más convenga.

Establecido que no se puede pretender que la hipoteca no sufre modificación al no alterarse la cifra de responsabilidad, de modo que dentro de este tope quepa incluir una ampliación del crédito (los recurrentes no llegan a plantear que quepa asimismo un crédito distinto; esta incorporación es cosecha de la DG porque la gravedad que representa apoya decididamente su rechazo), debe retornarse al punto de partida que se trató de eludir, es decir, plantearse si verdaderamente el principio de accesoriedad de la hipoteca excluye que pueda ésta ser «modificada», ampliada, para acoger la ampliación de la obligación primitiva.

Sobre esto debo adelantar que el hecho de que me parezca una absoluta herejía para nuestro sistema hipotecario, compartiendo la gravedad de las consideraciones de la DG, la pretensión de encajar como parte de una «responsabilidad hipotecaria» —que no es sino una expresión cuantitativa de un crédito— cifras que corresponden a un crédito distinto, no me impide considerarlo perfectamente compatible con el hecho de admitir la solución, compartiéndola también con la DG, aunque ésta le añada a la postre unos matices que la vuelven confusa, de que el mismo Derecho real de hipoteca venga a ser modificado para garantizar la obligación única, en el querer de las partes, resultante de yuxtaponer a la antigua una obligación nueva y «fusionarlas».

Más adelante habré de expresar mis razonamientos al respecto y mis puntos de discrepancia con algunas expresiones de las Resoluciones comentadas. Pero antes de llegar a ese extremo debo expresar que probablemente la comprensión de la radical diferencia entre los supuestos rechazado y admitido, obligue a una precisión de ideas sobre el entendimiento de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito y sobre la incidencia entre una y otro de

la «responsabilidad hipotecaria». Ello es también obligado porque en defensa de sus Fundamentos, la DG hace algunas afirmaciones generales sobre tal principio dogmático, máximas sin justificación ni prueba, de las que parecen extraerse conclusiones irrefutables, en algunos casos contradictorias con sus propios puntos de partida respecto de las que debo manifestar mis serias dudas. En los dos siguientes apartados me ocupo de todo ello.

2.º ALGUNAS DUDAS MÁS O MENOS HETERODOXAS SOBRE EL ENTENDIMIENTO HABITUAL DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA

Como hemos visto en el apartado anterior, la DG empieza el Fundamento 3.º de Derecho, en el que rechaza la construcción pretendida que en él se ha analizado, con la afirmación del gran principio: «*La accesoriidad de la hipoteca respecto al crédito para cuya seguridad se constituyó...*». (El resto del párrafo está bien próximo en las páginas precedentes y no necesita ser nuevamente reproducido.)

Probablemente ninguna de las solemnes afirmaciones que hace la DG permita, dada su natural evidencia, ninguna crítica, como tampoco otras del mismo tenor que las hace al parecer innecesitadas de justificación: «*La indivisibilidad de una hipoteca no es sino una de las consecuencias de su accesoriidad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (arts. 1.876 del Código Civil y 104 LH), por un importe determinado o máximo (art. 12 LH), con la que se transmite (arts. 1.212 y 1.528 del Código Civil) y se extingue...*» (Resolución de 26 de mayo de 2001).

El problema, a mi modo de ver, es que tales frases, en sí razonables y aparentemente inocuas, sirven para justificar una difusa *communis opinio* de que la accesoriidad significa que la hipoteca nace, vive y muere con el crédito, y de aquí a la confusión de la hipoteca con el crédito hipotecario no hay más que un paso que yo desde luego me resisto a dar. Porque, sinceramente, tal opinión deja tantos cabos sueltos que rechazo por completo que pueda admitirse como dogma, por más que sí entienda que es de esencia en nuestro sistema la accesoriidad de la hipoteca.

Así, yendo por partes, cómo explicar razonablemente entonces que la hipoteca nazca sin crédito (obligación futura o sujeta a condición suspensiva, art. 142 LH), cómo comprender que la propia Ley admita que durante la vida de la hipoteca el crédito sea sustituido por otro (arts. 118 LH y 230 y 231 RH), cómo asumir que quepa la transmisión del crédito sin la hipoteca (renuncia), e incluso que se defienda, como definiendo y no soy el único, que el crédito y la hipoteca se adquieren en momentos diferentes y con requisitos diferentes (el primero «sólo consenso», la segunda mediante la inscripción constitutiva, art. 149 LH), cómo asumir que la extinción por novación del

crédito pueda no afectar a la hipoteca (art. 1.207 del Código Civil), y aunque así no fuera de qué artículo del Código Civil o de la LH cabe extraer que la modificación del crédito afecta especularmente a la hipoteca —a veces se cita el art. 1.851 del Código Civil que determina que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza», cuando precisamente de este precepto se desprende justamente lo contrario, esto es, que las garantías permanecen inalteradas salvo perjuicio de tercero, y de aquí la interpretación jurisprudencial que distingue entre prórroga y plazo de gracia—, y en suma cómo justificar que la extinción de la «obligación hipotecaria» por pago o por compensación no perjudiquen a tercero si no se hubieran hecho constar en el Registro (art. 144 LH). Demasiados interrogantes en definitiva para los que yo no pretendo tener respuesta, y que expongo porque sin duda permiten dudar de que el integrismo dogmático de la accesoriedad pueda resolverlos.

(De todo el párrafo anterior, acaso me corresponda a mí justificar por qué apunto que es posible que la novación del crédito no conlleve necesariamente la extinción de la hipoteca, discrepando de la lectura que la doctrina parece hacer al unísono del art. 1.207 del Código Civil. Y desde luego no voy a hacerlo porque, como ya indica el título de este apartado, no pretendo aportar soluciones, sino ampliar las dudas. De modo que cuando el indicado precepto expresa que: «Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento», me permite dudar de que la novación extinga automáticamente la hipoteca, porque si en un remoto caso admite su «subsistencia» —es decir, permanece idéntica— para aprovechar a tercero, por qué no admitir idéntica «subsistencia» respecto del tercero afectado que la hubiere consentido, e incluso no menor idéntica «subsistencia» natural respecto de las partes que no la hubieren excluido expresamente. Por cierto que en el sistema hipotecario italiano, respecto del que no creo que nadie ponga en duda su férrea voluntad de accesoriedad, el Código Civil en el capítulo dedicado a la novación establece —art. 1.232— que «los privilegios, la prenda y las hipotecas del crédito originario se extinguen, si las partes no convienen expresamente mantenerles para el nuevo crédito».)

Con todo lo que antecede no pretendo sino apuntar que en el análisis de la posible modificación del Derecho real de hipoteca por ampliación y modificación del crédito, debemos desprendernos del hábito y de la confusión de considerar aquel Derecho real como si del crédito hipotecario se tratara. Desde la perspectiva de la confusión entre hipoteca y crédito es claro que resulta muy difícil el concebir que dos créditos hipotecarios distintos, por su naturaleza y fecha, compartan un mismo rango, cuando además la inscripción de la hipoteca es constitutiva, por más que el segundo se pretende que sea una ampliación del primero.

Por lo tanto hay que hacer un verdadero esfuerzo, aunque debiera ser innecesario, para situar en su respectivo plano la garantía (Derecho real de hipoteca) y el objeto garantizado (crédito). Una vez realizado se ve con claridad que la primera goza de «rango» —que atribuye ejecución separada y preferente— y el segundo de «privilegio» —como principio, más que como consecuencia práctica, ya que como resultado del «rango» que ostenta la garantía el «crédito hipotecario» no entra normalmente en contacto con otros créditos frente a los que hacer valer su privilegio— (1). De esta manera

(1) ALGUNAS IDEAS PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA HIPOTECA. Después de escrita la mayor parte del presente trabajo en el que lamentablemente se percibe que está realizado en los borbotones de tiempo que me permite el remunerado, y por tanto adolece de reiteraciones y de falta de método, he observado que mi pretensión de rehuir las disputas teóricas para centrarme exclusivamente en los aspectos prácticos de la ampliación del crédito garantizado, ni se ha cumplido ni se puede cumplir. Probablemente la configuración de la extensión de la hipoteca a la ampliación del objeto garantizado sea uno de los aspectos de ésta que más depende, incluso en su propio reconocimiento, del concepto que de la misma se tenga. Por lo tanto, tal planteamiento teórico deviene inevitable; en el texto se apuntan diversas pinceladas atinentes a cada uno de los apartados tratados, pero con todo se echa en falta una visión de conjunto, que aporte aquí como inciso con valor autónomo si se quiere. Para mí el conjunto se ofrece a la vista incuestionablemente como un compuesto de dos elementos totalmente diferenciados puestos en contacto por la función que uno desarrolla sobre el otro: función de garantía que hace de la obligación el objeto de la hipoteca.

La esencia de la hipoteca es, sin ningún género de dudas, garantizar el crédito. Para ello se configura excepcionalmente como derecho real; es decir, sujeta un inmueble cualquiera que fuere su poseedor al cumplimiento de la obligación (art. 1.875 del Código Civil). Definido así legalmente, no creo que pueda decirse que la función de la hipoteca recae sobre el «valor», ni como derecho de expropiación, ni como derecho de preservación, aunque esto último sea una consecuencia. El objeto de la hipoteca es desde luego el inmueble sobre el que recae, y su función es la de establecer una vinculación real de tal inmueble con el crédito. El inmueble queda destinado con eficacia real a la satisfacción del crédito del acreedor. Esta vinculación significa que en caso de impago del crédito la acción del acreedor se puede dirigir contra el bien hipotecado cualquiera que fuese su titular y sin ingerencia de ningún tercero en esa pretensión. Contra cualquier tercero se entiende fácilmente («cualquiera que sea su poseedor»), sin ingerencia de tercero significa que el bien está destinado en exclusiva a la satisfacción del crédito del acreedor, estableciendo por tanto un ámbito separado de ejecución en la que en principio ningún tercero puede intervenir. (Por eso se afirma que todo crédito superior al hipotecario es en realidad una hipoteca tácita, lo que significa, no que tales acreedores privilegiados tengan derecho a interferir en la ejecución hipotecaria —con pretensión de privilegio en el cobro—, sino que en todo caso subsisten como cargas a la ejecución de tal hipoteca. Véase al respecto lo que a continuación se dice sobre el rango hipotecario. La única excepción que parece haber a este paradigma, como expresión de la confusión del legislador de la hipoteca con los privilegios crediticios, es el llamado superprivilegio del crédito salarial. Pero con todo hay una verdadera resistencia dogmática a encajar este privilegio en la lógica del sistema, salvo por la fuerza argumentativa de la pura norma, que se comprueba en la dificultad de concebir su subsistencia como «carga» a la ejecución de una hipoteca preferente, o su alcance cancelatorio como idéntica «carga» respecto de idéntica hipoteca preferente —vid. RRDG de 29 de septiembre de 2000 y 15 de marzo de 2001—, e incluso su propio valor cuando el deudor ha transmitido la finca hipotecada a un tercer poseedor,

contemplados, resulta natural concebir que la misma hipoteca —por lo tanto, como presupuesto y como consecuencia, teniendo y conservando el mismo rango— pueda cobijar sin alterarse la modificación, la ampliación (e incluso

sobre el que el acreedor hipotecario ejercita la acción que a él si le asiste como titular del Derecho real de hipoteca). En definitiva, lo que hace la hipoteca es establecer desde su nacimiento un ámbito separado de ejecución a favor de su titular, sobre el que éste puede hacer recaer en exclusiva la pretensión de resarcimiento a que tiene derecho en caso de insatisfacción de su crédito. Por ello resulta absolutamente anómalo pensar en una tercería de mejor derecho en la ejecución hipotecaria, porque tal debate no puede plantearse cuando el objeto de la acción es el ejercicio de la vinculación que ha preservado un determinado bien en garantía de un preciso crédito. (Asumo que la LEC sólo ha excluido expresamente las «tercerías de dominio» —art. 696, atendiendo a la idea de prioridad registral, lo que imposibilita el supuesto en que la contempla, salvo que se haya producido un grave error registral—, de lo que puede deducirse que no se ha hecho lo propio con las de mejor derecho; pero medítese en su posibilidad: únicamente cabe pensar en el superprivilegio laboral del que ya hemos hablado, de no ser construido como una hipoteca tácita, que, bien que lamentable, sería su estructura lógica. Entendida la hipoteca como Derecho real que establece una vinculación entre finca y crédito, resulta anómalo pensar que en su interior pueda desarrollarse una ejecución colectiva, sea por vía de tercerías, sea por incorporación a un proceso de tal naturaleza. Creo que así ha sido comprendido también por el último de los Anteproyectos de Ley concursal, bien que establezca unas restricciones a la ejecución separada, que acaso alivien el caso concreto, pero que globalmente pueden perjudicar el sistema. Todo esto se comprende fácilmente si se compara con la anotación preventiva de embargo. Esta no vincula finca y crédito, sino finca y proceso, y por lo tanto queda a las expensas de la transformación de tal proceso en una ejecución colectiva de alguna de las maneras indicadas, o a la destrucción en el mismo de la aparente titularidad del embargado). Esto trae como consecuencia que la hipoteca implica un acto de disposición actual y no futuro, porque desde su constitución la hipoteca extrae de alguna manera el bien de la responsabilidad universal del deudor (art. 1.911 del Código Civil), ya que a partir de ese momento la pretensión de cualquier otro acreedor sobre el mismo debe respetar esa vinculación a una posible ejecución separada por razón del incumplimiento de la obligación asegurada. El bien ya no pertenece totalmente al deudor, pesa sobre él un destino que el deudor —mejor sería decir dueño, pero esto se entiende fácilmente y parece mejor no alargar esta nota con tales precisiones, aunque sean fundamentales para entender la naturaleza real y no crediticia de la hipoteca— que debe respetar y que suponen una obvia reducción del contenido de su responsabilidad universal. Tal vinculación de destino implica que debe preservarse el bien, y por ende su valor, hasta el momento del remate que servirá para liquidar el derecho del acreedor. Se pretende, por tanto, que el rematante lo adquiera en las mismas circunstancias físicas y jurídicas en las que estaba en el momento de constitución de la hipoteca. Por ello se conceden al acreedor por una parte una serie de acciones de obvia naturaleza real, dado el derecho de que proceden, que podemos resumir en las acciones de devastación, acciones que, a mi juicio, exigen por naturaleza la extensión al acreedor hipotecario de la protección interdictal que, aunque se sustente en la posesión —y ésta, aunque deba recurrirse a su sentido más espiritual, es claramente predicable del acreedor hipotecario—, atiende a evitar una desvalorización irrecuperable del inmueble, y por otra parte el derecho de purga y extinción de las cargas constituidas con posterioridad, de tal manera que la situación jurídica del bien hipotecado para el rematante sea la misma que lo era para el constituyente. Este derecho de purga es el rango hipotecario. Por lo tanto, el rango es una consecuencia exclusiva del derecho real, y no puede entenderse en ningún caso en el crédito. Ahora bien, la publicidad que el rango representa, unido a un principio esencial de no amor-

la novación) del crédito, sin que el hecho de que el Derecho real permanezca en su mismo ser, aunque modificado, implique la alteración de las fechas en que los créditos se hubieran pactado, ni la atribución a éstos de un «rango» que no está en su naturaleza el tener.

tización innecesaria de bienes, permite la pluralidad de hipotecas sobre el mismo bien (art. 107.3.º LH). Es decir, un mismo bien puede quedar vinculado a créditos diversos, respecto de cada uno de los cuales opera como ámbito exclusivo de ejecución —cuando se dice exclusivo se entiende que en esa ejecución sólo puede intervenir ese crédito, no obviamente que el crédito incumplido no pueda atender a otros bienes del deudor por medio de la llamada acción personal— ordenados cronológicamente por fechas de los respectivos derechos reales (inscripción). (De aquí resulta que los créditos hipotecarios no entran en contacto entre sí, pues en el ejercicio real de su acción no hay sitio más que para el crédito garantizado por la respectiva hipoteca. Las fechas que deben tenerse en cuenta son las fechas de los derechos reales, no las de los respectivos créditos que pueden no coincidir con las de aquéllos.) Por lo tanto, a mi juicio, el rango, esto es, la capacidad de purga del derecho, forma parte de la intrínseca naturaleza de éste, de modo que bien puede decirse que la alteración del rango significa la alteración de la naturaleza del derecho; dicho de otro modo, para que se entienda el problema que luego se plantea en el texto sobre el problema práctico del rango de la ampliación de hipoteca: si como consecuencia de cualquier negocio jurídico se altera la naturaleza del rango hipotecario es la propia naturaleza del correspondiente Derecho real de hipoteca la que se ve afectada.

El segundo elemento del conjunto es por descontado la obligación garantizada. Es, obviamente, también un elemento esencial e imprescindible, porque en ella se halla la pretensión económica que asiste al acreedor y es el sustrato de la «responsabilidad», sin la que en ningún caso puede ponerse en marcha el mecanismo procesal ejecutivo del Estado. De modo que el funcionamiento práctico, según entiendo, es así: en el caso de que el deudor incumpla la obligación garantizada, su «responsabilidad» —como organización estructural de la vida societaria— permite al acreedor dirigirse contra sus bienes —en ningún caso contra su persona— (art. 1.911 del Código Civil), y la «hipoteca» le permite ejercer ese derecho contra el bien especialmente vinculado, incluso si el bien se halla en poder de tercero que se ve de esta manera afecto, como garante, a la ejecución de una responsabilidad ajena. La naturaleza de esta obligación garantizada puede ser muy varia y la forma de determinación de responsabilidad del deudor puede ser muy varia también, pero creo que su presencia es necesaria en todo caso. Quiero decir que la hipoteca nunca puede suplir el cometido del crédito, con independencia de que en determinados supuestos llegue a definir el contenido de éste y en algún caso incluso puede éste provisionalmente no existir. Respecto de lo primero, porque la hipoteca imponga al crédito particularidades derivadas de su publicidad que lo extraigan del régimen natural del derecho de obligaciones; aquí tienen cabida todos los supuestos peculiares de las llamadas hipotecas independientes o no accesorias, por cuanto solamente la extinción de la hipoteca provoca la extinción del crédito; en tanto aquélla no se produzca, éste sobrevive afectando, como obligación *propter rem*, obligación de cédula u obligación abstracta al dueño de la finca hipotecada. Respecto de lo segundo, porque el sistema permita que la extinción del crédito no conlleve la cancelación de la hipoteca, sino que ésta sobrevive, formalmente si se quiere como función de garantía a concretar o reserva de rango, en beneficio de un nuevo crédito al que el propietario de la finca prefiera favorecer. (Es la llamada hipoteca de propietario a la que antes se ha hecho referencia en el texto.) Sin embargo, no creo que en ningún caso pueda deducirse de estos supuestos la inexistencia de obligación y la conversión de la hipoteca en un abstracto derecho de pretensión económica. Conceptualmente la hipoteca es siempre garantía, y siempre define un ámbito especial de ejecución frente alguien que ha incumplido algo, aunque este algo sea una profunda abstracción. Y

En las líneas que siguen observaremos estas afirmaciones desde otros ángulos que quizá contribuyan a una mayor claridad. (Especialmente por lo que hace a la afirmación de que la identidad de rango es presupuesto y

en todo caso este «algo» es indudablemente una obligación, de cuyo incumplimiento «responde» el obligado. Nuestro Código Civil atribuye privilegio y preferencia al crédito hipotecario; pero si bien se mira, uno y otro están determinados por la presencia del Derecho real de garantía. El Derecho real determina el derecho exclusivo del acreedor a satisfacerse con cargo al bien hipotecado y en esa satisfacción no hay cuestiones de preferencia de terceros porque el contenido y destino del ámbito está predeterminado. Cuestión distinta es que tal ámbito tiene la preferencia sustantiva que el rango del Derecho real le atribuye. Por eso puede verse que en realidad la fecha del crédito no tiene trascendencia tratándose del hipotecario. Ello se ve perfectamente claro en la hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente. Es la fecha de la hipoteca la que determina el rango y la preferencia exclusiva del acreedor a cobrar (siempre, evidentemente, que se limite al bien hipotecado), con independencia de que la fecha de su crédito (saldo) sea muy posterior, incluso posterior a la de, por ejemplo, un préstamo garantizado con segunda hipoteca.

La hipoteca es pues un compuesto en que un Derecho real desarrolla una función de garantía de una obligación. Tal función justifica que se predique la accesoriedad del Derecho real respecto de la obligación. Accesoriedad que bien se ve no significa subordinación, sino necesidad estructural de la existencia del otro elemento. La obligación garantizada es el elemento que la hipoteca necesita para justificar su función. Ahora bien, la autonomía objetiva de la obligación es razón más que suficiente para defender que la misma no es la causa de la hipoteca. A mi entender, la hipoteca goza de una causa típica —causa de garantía, con independencia de los motivos o los móviles que las partes puedan adicionarle—, y la obligación garantizada no puede ser considerada su causa, del mismo modo que tampoco lo es el bien transmitido en la compraventa. Más razonable parece considerar que la hipoteca, como Derecho real que vincula un inmueble a una obligación, tiene dos objetos: el inmueble y la obligación. Desde esta perspectiva, por otra parte, el análisis de los requisitos de tal objeto contractual viene facilitado por las normas del Código Civil sobre el objeto del contrato (arts. 1.261 y 1.271 a 1.273). Cuando se habla de la accesoriedad de la hipoteca se entrecruzan los dos aspectos: la función de garantía y el objeto garantizado. De modo que llega a explicarse la no accesoriedad como ausencia de función de garantía: la hipoteca no garantiza, pretende. Esto, como se ve, no es lo que aquí se defiende, pues se rechaza que la hipoteca pueda en ningún caso prescindir de su función de garantía, para convertirse en un abstracto derecho de prestación económica. A mi modo de ver, el juego de la accesoriedad hay que referirlo al objeto: esto es, en qué medida la hipoteca necesita de un objeto para ejercer y conservar su función y en qué medida la hipoteca puede por su sola publicidad mantener un objeto extinguido. Con arreglo a tales parámetros rechazo que se pueda hacer una construcción apriorística de la accesoriedad como dogma, y más aún que tal dogma signifique de hecho la confusión de la hipoteca con el crédito, en cuanto se afirma sin más la repercusión automática en la primera todas las incidencias que padezca el segundo. Debe estudiarse, pues, en cada uno de los sistemas normativos el derecho positivo para apreciar, caso por caso, el nivel de accesoriedad permitido en función del grado de determinación exigido al objeto y de las recíprocas influencias que existan entre éste y el Derecho real de garantía, y a su compás, en todo caso, inducir una teoría general. Así, por ejemplo, se habla de que en los derechos germánicos no existe el dogma de la accesoriedad, cuando mejor pudiera decirse que existen figuras de hipoteca en las que el «objeto» existe en tanto subsista la hipoteca —hipotecas abstractas—, así como existe la posibilidad de la subsistencia de la hipoteca sin objeto —hipoteca de propietario—, como reserva de rango en espera de destino por

consecuencia para la admisión de la ampliación del derecho de hipoteca. Ahora baste decir que la naturaleza de Derecho real de la hipoteca se define también por su capacidad de exclusión o purga de cargas posteriores, de manera que puede afirmarse que la pérdida de rango implica la mutación sustancial de la hipoteca. De donde se sigue que no cabrá hablar de ampliación de hipoteca, sino en todo caso de constitución de hipoteca nueva, en el supuesto en que la hipoteca vaya a nacer con un rango distinto que la precedente, bien sea por la existencia de cargas intermedias, bien sea porque se entienda que se produce la pérdida del primero.)

3.º SOBRE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. SU REDUCCIÓN Y LA CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA

Paradójicamente quizá, al lado de las solemnes afirmaciones pronunciadas por la DG en defensa del más rancio sabor de la accesoriadad, también encontramos en las Resoluciones comentadas algunas otras que por el contrario parecen dar pie a desconocer por completo la existencia del principio. Son aquéllas que tienden a hacer de la «responsabilidad hipotecaria» un concepto autónomo independizado en alguna manera de los avatares del crédito garantizado.

Ya la Resolución de 26 de mayo de 2001 —que, como hemos visto, fue la pionera en rechazar que la cifra de responsabilidad hipotecaria de la hipoteca inscrita pudiera servir para contener dentro de sus límites al crédito nuevo o ampliado, y que es seguida más o menos literalmente por todas las posteriores, hasta la última que la cita expresamente en sus Fundamentos—, contiene palabras que pueden ser leídas en un sentido ciertamente contrario, en cuanto parecen considerar la «responsabilidad hipotecaria» como la cifra abstracta objeto de garantía, al margen o con independencia de la verdadera cantidad debida, lo que desde luego se concilia francamente mal con la accesoriadad y dependencia que la hipoteca debe respetar respecto del crédito. Así cuando expresa: «*La indivisibilidad de la hipoteca, aún en el*

el propietario. De idéntico modo habría de repasarse el Código Civil y la Ley Hipotecaria para reconocer el nivel de accesoriadad exigido en nuestro Derecho. Así, y con independencia del artículo 144 LH que, interpretado literalmente, parece determinar la subsistencia respecto de tercero de la «obligación hipotecaria» cuya extinción no se hubiera hecho constar en el Registro, lo que sin duda representaría un elevadísimo grado de abstracción, habría que recordar la admisión de objeto futuro o sujeto a condición suspensiva (art. 142 de la Ley Hipotecaria), la posible modificación y sustitución del objeto (arts. 1.204 y sigs., al respecto, véase lo que se ha dicho en el texto), e incluso la posible pervivencia (abstracción) procesal, en el ámbito estrictamente ejecutivo especial, del objeto extinguido por exclusión de causas de oposición que no se refieran a la hipoteca (art. 695 LEC, véase también al respecto lo que se dirá en el texto).

supuesto de que se divida o se extinga parcialmente la obligación garantizada (cfr. arts. 1.860 del Código Civil y 122 y sigs. LH), determina su subsistencia al margen de los avatares de ésta en tanto no se cancele, cancelación que, ya sea total o parcial, en todo caso exige el consentimiento de su titular o sentencia firme que lo ordene (cfr. art. 82 LH), de suerte que el simple reconocimiento de la reducción de la obligación, ni siquiera su constancia registral, por lo demás frecuente en los supuestos de asunción de deuda por el adquirente de la finca gravada o de subrogación en la titularidad de la hipoteca, impliquen el consentimiento cancelatorio que la puede determinar. No hay en consecuencia razón alguna que avale la exigencia del Registrador de la necesidad de una cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del reconocimiento de la amortización parcial del préstamo que garantizaba».

A primera vista, tomadas las anteriores palabras en su sentido literal, parece que ningún reproche consienten. Salvo acaso precisamente la primera, es decir, comenzar hablando de la «*indivisibilidad de la hipoteca*», de la que quizá sólo debería hablarse cuando el crédito o la deuda garantizada se hubieran dividido entre diversos acreedores o deudores (como hace expresamente el art. 1.860 del Código Civil), lo que no es nuestro caso, pues en ninguno de los supuestos contemplados se ha producido tal división de la obligación, sino estrictamente el pago parcial del crédito garantizado, de modo que se debiera haber comenzado hablando de la «*integridad de la hipoteca*» (cfr. art. 122 LH). Acaso expresar aquí un reproche pueda ser excesivo, pero con todo me da la impresión de que el error tiene su enjundia, porque parece revelar que la DG sigue pensando que en el caso de la ampliación del crédito se produce la multiplicación de éste, y se resiste a contemplar la operación desde la perspectiva de la unidad crediticia resultante, a pesar de que como hemos visto éste es su punto de partida, como resultado de la voluntad de las partes, para el análisis y la admisión de la figura.

Ahora bien, en la práctica se ha producido el resultado, que las palabras de la DG vienen a justificar aunque sea por omisión, de entender que el reconocimiento de la amortización parcial del crédito garantizado no implica *per se* la reducción (¿cancelación?) parcial de la responsabilidad hipotecaria, de modo que en el caso de simultánea ampliación del crédito debe partirse de la cifra inicial de responsabilidad sin modificación alguna. Es decir, en el asiento de ampliación de hipoteca la responsabilidad garantizada será el total de las sumas prestadas (responsabilidades hipotecarias), con independencia de que acaso pueda resultar del propio asiento que parte del primer crédito está pagado.

Esto de hecho significa el absurdo de convertir la «responsabilidad hipotecaria» en un concepto formal, necesitado de una expresa manifestación formal de cancelación independiente de la manifestación de haber sido el

préstamo recibido. No creo que quepa mayor atentado a la accesoriedad de la hipoteca. Paradójicamente el error procede de confundir el «Derecho real de hipoteca» con el «crédito hipotecario», y después convertir éste en la abstracción de la «responsabilidad hipotecaria». Luego explicaré este proceso. Ahora me interesa apuntar que también ha existido una cierta razón fiscal para la confusión. La razón es que también el fisco confunde la «cancelación parcial de la hipoteca» con la «cancelación parcial de la responsabilidad hipotecaria», de modo que sin el eventual pago de los impuestos correspondientes a tal «cancelación» expresamente consignada, no puede practicarse el asiento registral correspondiente; y si las reducciones en la cifra de principal, correspondientes al reconocimiento por el acreedor de su amortización, conllevaran la reducción de la responsabilidad hipotecaria, sin cancelación fiscalmente abonada, al final cuando se produjera la cancelación de la hipoteca, ésta, parece ser que se llevaría a efecto por la cifra pendiente con grave daño de la recaudación tributaria. (Desde esta perspectiva cabría justificar la actuación de los Registradores de la Propiedad que no llevan a cabo la reducción [¿«cancelación parcial»?] de la responsabilidad hipotecaria, en el caso de amortización parcial del crédito, no por un problema formal, sino fiscal. No obstante, parece ser que la tendencia es la de atribuir exención a las cancelaciones de hipoteca, con lo que el problema vuelve a ser formal, si bien esta vez, de índole fiscal.)

Nada de esto resulta desde luego de las transcritas palabras de la DG que pueden ser interpretadas, con asepsia literal, en la correcta línea en que la Ley Hipotecaria establece el principio de integridad de la hipoteca. Pero el tono y circunstancias en que se expresan han abonado (más exactamente consolidado) una práctica equivocada, de la que no diré que yo no participo. Sobre todo si se ponen en relación con otras expresiones de la misma Resolución de 26 de mayo de 2001. Así las palabras con las que comienza el Fundamento 5.º: *«Cuestión distinta es la posibilidad de utilizar la garantía hipotecaria existente en la parte que excede del importe actual del crédito...»* ¿Cabe mayor desconocimiento del dogma de la accesoriedad de la hipoteca que pensar en un superávit de garantía hipotecaria respecto del crédito garantizado?

Antes de nada debe aclararse que para nuestra Ley Hipotecaria la «cancelación parcial» de la hipoteca no tiene nada que ver con la «reducción de la responsabilidad hipotecaria». Es absurdo, a tenor de aquélla, hablar de «cancelación parcial» cuando lo único que se pretende es hacer constar la amortización de parte de la deuda. Es por completo al margen de la Ley Hipotecaria donde se halla la confusión. El principio de «integridad de la hipoteca» se ha convertido, por mor de la confusión de ésta con el «crédito hipotecario», en la necesidad de una expresa y formal cancelación de éste (confundido a su vez con la «responsabilidad hipotecaria»), no obstante la expresa manifestación de que el «crédito» se ha pagado parcialmente. Cuando

en todo caso podría defenderse que la «confusión» que la integridad representa es la que se produce entre la hipoteca y la finca garantizadora, de modo que dicho principio significa que la reducción de la deuda —reducción que obviamente lleva sin más la de la cifra de responsabilidad hipotecaria— no conlleva la correlativa liberación de parte de la finca hipotecada o de alguna de las fincas hipotecadas. Es decir, vulgarmente, si se ha pagado el 20 por 100 de la deuda no puede el deudor pretender la «cancelación parcial» de la hipoteca mediante la liberación del 20 por 100 de la finca hipotecada o mediante la liberación total de alguna finca cuya responsabilidad corresponda a tal 20 por 100. Pero bajo ningún concepto puede pretenderse que la finca siga respondiendo de cien. Esto es exactamente lo que quiere decir el artículo 122 LH (y para la constancia de la reducción de la responsabilidad hipotecaria el art. 144 LH y el art. 240 RH).

Todo lo expresado se ve claramente confirmado por el artículo 156 de la misma Ley cuando precisamente excluye el principio de integridad para la hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones. Por ello establece que en esta clase de hipotecas el pago parcial de la deuda —recogida e inutilización de algunas obligaciones— conlleva el derecho del deudor (dueño de la finca hipotecada) a la «cancelación parcial» de la hipoteca, cancelación parcial que se llevará a efecto mediante el liberarse totalmente «una o varias fincas cuya responsabilidad sea igual al valor de las obligaciones recogidas, o liberarse parcialmente todas ellas a prorrata o en proporción a sus respectivas responsabilidades».

Debe pues recordarse nuevamente que la «responsabilidad hipotecaria» no es un concepto autónomo como si la cantidad garantizada se independizase del crédito garantizado; representa ni más ni menos que la cifra de éste, que se halla cubierto por la hipoteca, y por tanto su reducción es automática en el mismo instante en que se produzca la del crédito, sin más que la necesidad de su consignación registral a los efectos establecidos por el artículo 144 LH. Tal consignación del pago parcial del crédito provoca pues, por sí sola, la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, sin necesidad de expresa manifestación de cancelación parcial, porque la «responsabilidad hipotecaria» no es el derecho susceptible de cancelación, sino que éste es la «hipoteca». Y la hipoteca sigue a la finca en su integridad, no obstante la amortización parcial del crédito (y subsiguiente reducción de la cifra de responsabilidad), en tanto el acreedor no consienta expresamente en la liberación de parte de la «hipoteca» (parcial de algunas o todas las fincas en el caso de ser varias o total de alguna de ellas) manifestando su expresa voluntad de «cancelación parcial». (Salvo que se trate de hipoteca en garantía de emisión de obligaciones en la que como hemos visto no rige tal principio, de modo que el consentimiento del acreedor, no menos expreso, es obligado.)

A mi manera de ver, la enorme dificultad que parece existir en la práctica para concebir que el «Derecho real de hipoteca» sigue siendo uno y el mismo, no obstante la reducción del crédito garantizado, esto es, sigue siendo uno y el mismo, no obstante la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria es la misma que existe para concebir que el «Derecho real de hipoteca» sigue siendo uno y el mismo, no obstante la ampliación del crédito garantizado, es decir, no obstante la ampliación de la responsabilidad hipotecaria. El entendimiento de la hipoteca como un «crédito hipotecario» —al que no es ajeno la eficacia ejecutiva atribuida a aquella— motiva la imposibilidad dogmática de conciliar en uno solo, por la simple voluntad de las partes, una pluralidad de «créditos hipotecarios» de fechas diferentes y por tanto de rangos (?) diferentes, y por lo tanto de tragar con la admisión de la ampliación de la hipoteca. (No ha sabido desconectarse de este prejuicio tampoco la DG, a pesar de la apariencia resultante de su admisión de la figura, y por eso el resultado de su forma de concebir las «ampliaciones de hipoteca» es, como veremos, de una ambigüedad desconcertante.)

4.º UN POCO MÁS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL CRÉDITO Y LA HIPOTECA,
Y SOBRE LA EXCLUSIÓN PARA ÉSTA DE UNA PRETENSIÓN ECONÓMICA
LLAMADA «RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA»

Los problemas que pueden resultar, en cuanto al tema que nos ocupa, del malentendimiento de la eficacia ejecutiva atribuida a la hipoteca, necesitan de un nuevo meandro explicativo. Se trata de deslindar de nuevo la hipoteca del crédito garantizado desde la perspectiva de las acciones que respectivamente confieren, precisando la naturaleza jurídica de la primera, de manera tal que se comprenda por qué la mutación económica del crédito, producto de su ampliación y yuxtaposición, no afecta necesariamente a la intrínseca naturaleza de aquella.

A mi manera de ver, la hipoteca vive hoy un momento de crisis de entendimiento (y como consecuencia incluso de justificación envuelta, como se halla en la polémica sobre la pervivencia de privilegios crediticios) que contrasta sobremanera con su pujante utilización. Si se me permite expresar una intuición, para cuya demostración ahora no tengo tiempo ni acaso capacidad, la confusión en torno a la naturaleza del Derecho real de hipoteca debió comenzar paradójicamente en el mismo momento en que se instaura o se consagra su publicidad. Quiero decir que cuando las hipotecas eran ocultas, la pretensión real que en ellas alentaba se ponía de manifiesto mediante la atribución al acreedor insatisfecho de una «acción real» frente a cualquier poseedor, por la que se le confería de alguna manera la posesión de la finca hipotecada, a los efectos de ejercitar sobre ella la acción ejecutiva derivante

del crédito impagado. Cuando la publicidad de la hipoteca hace manifiesto y ostensible frente a todos el poder del acreedor sobre la finca hipotecada, resulta innecesaria la acción real «recuperatoria» de la posesión. Desaparecida tal acción real, la doctrina parece encontrarse en la necesidad de hallar otra sustitutiva que justificara la naturaleza de Derecho real que a toda costa quiere atribuirse a la hipoteca.

El camino seguido es el de alterar el concepto, que no la función, lo que acaso ya revele lo erróneo del camino seguido, del Derecho real de hipoteca, que pasa a ser definido no como «un Derecho real de garantía», sino como un derecho a «expropiar», o más grave aún, un «derecho a realizar el valor», de modo que la esencia de la acción real resultante de la hipoteca se encuentra en la ejecución que procura de la finca hipotecada cualquiera que fuese su poseedor. La acción hipotecaria pasa a ser la acción ejecutiva recayente específicamente sobre el bien hipotecado, cualquiera que fuese su poseedor.

Sin embargo la «ejecución» es el instrumento procesal de actuación o la concreción práctica del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 del Código Civil), establecido por el Estado como mecanismo «garantizador» del cumplimiento de las obligaciones, con lo que la confusión de la hipoteca con una particularidad del crédito o con un mecanismo procesal viene servida. La dificultad dogmática de atribuir a la hipoteca una eficacia ejecutiva que requiere del impago del crédito para poder ponerse en marcha, se resuelve acudiendo a la idea de «crédito hipotecario» y a la peculiaridad de que la ejecución recae sobre una finca especialmente afecta.

A mi manera de ver las cosas, el camino que hubiera de haberse seguido era exactamente el contrario. Es decir, si la esencia del carácter real de la hipoteca radicaba en la acción posesoria que atribuía a su titular para recuperar la finca hipotecada y someterla entonces a la acción personal que el crédito impagado le confería, la esencia del carácter real de la hipoteca debía hallarse en el nuevo sistema en una publicidad que hacía innecesario recurrir a tal paso intermedio de la acción posesoria para someter la finca hipotecada a su acción nacida del incumplimiento de una obligación. Por esto es por lo que la publicidad es esencialmente constitutiva del Derecho real de hipoteca (2). Y con un sentido coherente no es Derecho real porque se le atribuye

(2) Probablemente después de un cuarto de siglo de vigencia de la Ley Hipotecaria, los redactores del Código Civil se percatan del cambio operado en la hipoteca por obra de aquella Ley, y consagran como requisito legal de nacimiento una circunstancia que ya entonces se comprendía, que era de esencia en la hipoteca, si se quería que ésta fuera un derecho real. De modo que cuando el artículo 1.875 del Código Civil exige como requisito para la válida constitución de la hipoteca la «inscripción», no viene a añadir un requisito formal, enojoso como todas las formas, sino a captar la esencia de la transformación operada en la hipoteca, y a comprender que en la «publicidad» —publicidad específica que resulta de un sistema de inscripción y de especialidad—, que evita al acreedor la necesidad de una recuperación posesoria de la finca hipotecada porque la carga sigue

una acción real, sino que de su naturaleza de Derecho real resultan toda una serie de acciones reales, entre las que desde luego no está, a mi manera de ver, la de imponer al deudor una pretensión que resulta del incumplimiento por éste de una obligación.

De modo que la esencia de la naturaleza real de la hipoteca se halla en el público sometimiento que desde su nacimiento procura al acreedor sobre el bien hipotecado, afectándolo cualquiera que sea su poseedor a la satisfacción sustitutiva a que tiene derecho en el caso de que el deudor incumpla su obligación. Resulta, por otra parte, también sorprendente que en tiempos en que la posesión ha llegado a una máxima espiritualización, no se quiera reconocer su presencia en el Derecho real de hipoteca, cuando la publicidad garantiza a su titular el permanente contacto y subsiguiente tutela sobre la finca hipotecada, tanto jurídica: derecho de ejecución separada y derecho al mantenimiento de la situación jurídica (purga), como física: «derecho de inspección» —que cuando viene expresamente reconocido en la escritura pública de constitución de hipoteca debe tener acceso al Registro de la Propiedad, según doctrina de la DG, aunque, a mi manera de ver, tal precaución es innecesaria pues debe hallarse ínsito en su propia naturaleza de Derecho real de garantía—, y como consecuencia ejercicio de acciones de devastación y en buena lógica de protección interdictal.

Por otra parte quizá puedan encontrarse otras razones que hayan contribuido a la desviación del Derecho real de hipoteca hacia una forma de crédito real.

En primer lugar y quizá paradójicamente, el propio procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 LH, que venía concebido como un proceso de efectuación del Derecho real de hipoteca, lo que por tanto equivalía a incardinar en ésta el derecho a la prestación económica, que a mi manera de ver únicamente puede verse en el crédito. No merece la pena entrar en el debate tan reñido sobre la naturaleza jurídica de tan particular «procedimiento», transformado a la postre quizá inevitablemente en un proceso ejecutivo. Interesa más atender hoy a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Es difícil, observando la redacción de los preceptos dedicados a las «particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados» (art. 681 y sigs.), dentro del Título dedicado a «la ejecución dineraria», seguir manteniendo que la eficacia ejecutiva se halla en la hipoteca, y no como es natural en el crédito impagado,

ya permanentemente a la finca, se halla la esencia de la naturaleza de Derecho real del derecho de hipoteca. Transcurrido casi el mismo tiempo después de que me planteara «el valor de la inscripción en la hipoteca» —conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores con motivo del Centenario de la Ley de Bases del Código Civil— en la que dudaba de que pudiera asistír la razón a un precepto formal, tanto que me pareció caer en las garras de la confusión con el crédito, creo encontrar, por fin, consuelo a mi desvarío en la sensación de empezar a comprender el Código Civil, y me atrevo a añadir el valor propio e independiente de la hipoteca.

aunque es igualmente difícil rechazar que precisamente las notables peculiaridades y ventajas que a la ejecución de tal crédito la Ley concede encuentran su razón de ser y su justificación en el hecho de estar el mismo garantizado hipotecariamente (3).

En segundo lugar, también me atrevería a decir que ha ayudado a desarrollar esta confusión de la hipoteca con el crédito, la pureza y abstracción mental con que la doctrina germánica tratan al derecho de hipoteca, sustan-

(3) Es verdad que los artículos 130 y 131 de la Ley Hipotecaria siguen hablando de la «acción hipotecaria». Tal expresión resulta totalmente consagrada en la práctica y no está sujeta a discusión. Pero no creo que el contenido de la acción sea la ejecución de la hipoteca, aunque también así comúnmente se hable; sino que con mayor precisión podría decirse que su contenido es la ejecución del crédito impagado sobre el ámbito que la hipoteca le procura. El hecho de que la acción resultante de un crédito pueda afectar a un tercero (dueño de la finca hipotecada) no modifica un ápice el planteamiento, si se observa que ésa es precisamente la función de la hipoteca: afectar una finca a la satisfacción de una responsabilidad (ajena en este caso). Me parece que todo lo dicho encaja a la perfección con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor la ejecución dineraria procede en virtud de «título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida» (art. 571), ejecución que «podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados», cuando tenga por objeto «exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca» (art. 681). Y si puede reprocharse a la Ley que haya mantenido la ambigüedad sobre si tal ejercicio debe ser previo a la ejecución sobre otros bienes del deudor —como la lógica quiere y parece confirmar el art. 579—, al conservar la expresión «podrá» que, indudablemente, implica una facultad y no una imposición, es también cierto que debe reconocérsele el mérito, ajeno, a mi entender, a un mero acierto procesal, de haber precisado el alcance sustantivo de la hipoteca al considerar como «parte» —«persona frente a la que se despacha ejecución» a «quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos» (art. 538). «Afección» (o si se quiere «sujeción», que es el sinónimo que utilizan los arts. 1.876 del Código Civil y 104 LH), que refleja perfectamente la función de garantía en que consiste la hipoteca: afectar un bien al cumplimiento de una obligación, o dicho de otra manera, determinar *a priori* con eficacia real, el bien propio o ajeno del deudor —excluyéndolo por tanto, de alguna manera, hasta la cifra garantizada del ámbito de responsabilidad patrimonial del garante— sobre el que ejercitar la acción ejecutiva derivante de su crédito insatisfecho. Para mí la cita del artículo 538 LEC en este trabajo era obligada, aunque pueda abrir la vía para acusarme de la estupidez de confundir la hipoteca con el «documento fehaciente». El precepto legal dice lo que dice y por lo tanto atiende también a la perspectiva procesal de la posibilidad de una afección de un bien a una responsabilidad ajena sin constituir garantía real. No parece que sustantivamente pueda negarse tal posibilidad (art. 1.255 del Código Civil), que no constituyendo garantía real elude por principio el problema del *numerus clausus* de éstas. Sería un caso de fianza limitada que se extinguiría si el bien dejara de pertenecer al fiador (a salvo su responsabilidad en los términos en que se hubiera pactado). Tal perspectiva nos abre la cuestión de la posibilidad que sea el mismo deudor quien limite su responsabilidad a un determinado bien, excluyendo de conformidad con su acreedor la generalidad del artículo 1.911 del Código Civil. El supuesto en que tal limitación venga acompañada de hipoteca recayente sobre tal bien es el expresamente contemplado por el artículo 140 LH.

cialmente por la admisión de la hipoteca sin crédito. En tal caso, se dice es la hipoteca sola la que, sin existir en ella relación crediticia alguna, permite a su titular, a través de su ejecución, la realización del valor de la finca hipotecada. Sin embargo una cosa es que no exista relación crediticia, y otra es que no exista algún tipo de relación obligatoria. Quiero decir que el hecho de que la obligación garantizada por la hipoteca no se halle sujeta a la teoría general del derecho de obligaciones y por lo tanto no pueda ser calificada en puridad de conceptos de «crédito» no quiere decir que la hipoteca pierda su intrínseca naturaleza de garantía de una obligación y pase a ser un abstracto derecho de pretensión económica. El Derecho real de hipoteca es el elemento garantizador, pero es consustancial a la naturaleza de las cosas que también exista la «obligación» como elemento garantizado; lo que ocurre es que la «hipoteca» —es decir, la existencia registral del Derecho real de hipoteca—, atribuye en algunos casos tales peculiaridades a la obligación que ésta deja de ser crédito —en el sentido estrictamente doctrinal del término—, y pasa a ser otra cosa: obligación abstracta, obligación *propter rem*, obligación tabular, obligación de cédula, obligación sin excepciones personales... Estas variantes de la obligación caracterizan los distintos tipos de hipoteca independiente de los derechos germánicos, pero en ningún caso puede llegarse a afirmar que la garantía y lo garantizado son la misma cosa.

Puede verse aquí un efecto constitutivo más de la inscripción: la atribución al crédito de determinadas particularidades que alteran por completo su régimen general del derecho de obligaciones, particularidades que operan en tanto subsista la inscripción de la hipoteca (pero que no son propiamente la hipoteca). Evidentemente debe hablarse de crédito hipotecario, pues el adjetivo es la expresión de todas sus singularidades, pero me parece un error extraer de ello consecuencias desnaturalizadoras de la naturaleza de los respectivos derechos.

No puede dejar de desconocerse que este efecto constitutivo de la hipoteca respecto del crédito al transformarlo en hipotecario, opera también en Derecho español. No sólo la inscripción del Derecho real de hipoteca atribuye «privilegio» al crédito que tal inscripción publica —«privilegio», o «preferencia» conforme a la dicción del art. 1.923.3.º del Código Civil, que a pesar de que este mismo Código desarrolla como un derecho de «prelación» al cobro por orden de antigüedad (art. 1.927.2.º), en realidad como ya hemos visto, comúnmente se materializa en la «exclusividad» que le otorga la determinación de un ámbito separado y propio de ejecución (bien hipotecado) por obra de la hipoteca, sin perjuicio de la posibilidad de que ese «ámbito» aparezca reservado por una hipoteca preferente, de modo que bien puede decirse que el rango de los derechos reales impide que los créditos se confronten—, sino que asimismo le otorga determinadas particularidades que aproximan la figura a un supuesto de hipoteca independiente.

No de otra manera, entiendo, es la conclusión que ahora debe extraerse de la limitación de causas de oposición que al ejecutado concede el artículo 695 LEC. Sustancialmente cuando la más elemental de tales causas, como es la pretensión de «extinción de la obligación garantizada» (recuérdese «pago o cumplimiento, condonación», etc..., art. 1.156 del Código Civil), requiere que se presente «certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o... escritura pública de carta de pago y de cancelación de la garantía». La transformación de un «procedimiento» de raíz comisorio como el llamado «judicial sumario» en un «proceso de ejecución», probablemente más por fuerza «procesalista» que por coherencia «constitucional», conlleva inevitablemente el reconocimiento legislativo de una cierta «abstracción» al crédito garantizado con hipoteca, pues la existencia de ésta determina sin más la existencia de aquél. Abstracción desde luego exclusivamente procesal y reducida a los estrictos parámetros de una «ejecución dineraria ejercitada directamente contra el bien hipotecado» —como no podía ser menos para respetar ahora los principios constitucionales de justicia efectiva—, de modo que no impide cualquier reclamación del deudor o del dueño de la finca hipotecada al margen de las taxativas causas de oposición que la Ley reconoce, pero todas ellas, «incluso (nada menos que) las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer» (art. 698 LEC) tal ejecución especial. Pero abstracción al fin y al cabo, y a la postre no lejana sin duda de las abstracciones germánicas, para las que también se ha encontrado remedio similar al recurso al «juicio que corresponda» de nuestro derecho por la vía de la pretensión de «enriquecimiento injusto», como prueba manifiesta de que en el fondo la «justicia» acerca sustancialmente los derechos más formalmente dispares.

(Notables beneficios que la hipoteca atribuye al «crédito garantizado» y que requieren por lo tanto que éste goce de la misma publicidad que la inscripción constitutiva determina para aquélla. A mi juicio, éste es el sentido con el que debe leerse el nuevo art. 130 LH, que establece que «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». Conlleva ello la necesidad de la perfecta determinación del crédito en el asiento de hipoteca como requisito previo a la utilización del ejecutivo especial. Exigencia de la que sólo salva la expresa exclusión legal, como es el caso en que se utilice como expresión del crédito garantizado la vía del «saldo contable» para el que se establecen reglas especiales de determinación extrarregistral —arts. 572, 573 y 685 LEC—, excepción que tiene su adecuada contrapartida en la previsión al efecto de causas específicas de oposición

—art. 695.2.^a LEC—. Pero ya nos hemos desviado bastante de nuestro camino y esta idea debe dejarse tan solo apuntada.)

Así pues, como conclusión de todo lo dicho y para retomar el hilo de la resistencia que pueda ofrecer el Derecho real de hipoteca a aceptar, modificado pero sin conmoverse, la ampliación de la obligación garantizada, entiendo que la hipoteca es el Derecho real de garantía que sujeta o afecta un bien determinado, cualquiera que fuere su titular a la satisfacción sustitutiva a la que el acreedor garantizado tiene derecho en caso de incumplimiento por el deudor de la obligación garantizada. Desde esta perspectiva en nada padece el derecho real, desde un punto de vista dogmático, por el hecho de que una vez constituido se amplíe su contenido por pasar a garantizar el incremento de crédito resultante de la «novación modificativa» de la obligación asegurada, modificación operada por la concesión de un nuevo préstamo que se funde con el anterior para formar una obligación única por voluntad de los interesados.

Ahora bien, si dogmáticamente, a lo que entiendo, no hay dificultad alguna, otra cosa son los problemas prácticos que deben despejarse para que el resultado apetecido pueda producirse. En estos problemas vamos a entrar, por fin, analizando la forma en que los ha resuelto la DG.

5.º LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA COMO CONSECUENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Debemos retornar por lo tanto al punto en que dejamos los Fundamentos de Derecho de la RDG. Esto fue en el momento en que ésta rechazaba la posibilidad de llenar el vacío sufrido en la cifra de «responsabilidad hipotecaria» de la primera hipoteca por la amortización del crédito garantizado mediante la ampliación de éste, porque «*ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario...*». Ahora bien, como entonces ya adelantamos, una cosa es que nuestro «sistema» no contemple tal forma de hipoteca abstracta, es decir, aquella que no se extingue por la extinción del crédito, sino que queda abierta racionalmente a disposición del propietario de la finca para atribuir su garantía y su rango al crédito que prefiera favorecer, y otra muy distinta es que no quepa utilizar un mismo Derecho real de hipoteca para asegurar el crédito resultante de la «novación modificativa» por ampliación del primitivamente garantizado. Son supuestos de estructura totalmente diferente, de modo que las razones que puedan existir para rechazar la hipoteca de propietario no son utilizables sin más para rechazar la ampliación de hipoteca. En las páginas que anteceden he tratado de demostrar que no hay razones dogmáticas que impidan en nuestro Derecho su posibilidad, pero no he pretendido concluir sin reservar la primera palabra a la DG, sobre si debe o no admitirse a tenor

de preceptos normativos concretos o cuáles serían, en su caso, los requisitos necesarios para su admisión.

La DG comienza, en este mismo sentido, distinguiendo claramente los supuestos: *«Cuestión distinta es que no se pueda, por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente, pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación».*

(No obstante debe reconocerse que esta distinción aparentemente clara parecía haber sido rechazada anteriormente por la propia DG; así la Resolución de 9 de enero de 2002 —después de repudiar, como hemos dicho, por primera vez que se pudiera utilizar la cifra de responsabilidad de la primera hipoteca como abstracción cuantitativa capaz de cubrir obligaciones distintas— añadió: *«Por tanto, la ampliación de la responsabilidad hipotecaria de una finca para garantizar la del crédito que hasta entonces lo estaba habrá de hacerse, en su caso, por las nuevas cantidades que se pretende que lo sean, con independencia y al margen de las anteriormente cubiertas por la hipoteca inscrita».* De estas palabras parecía haberse deducido en la práctica la imposibilidad de utilizar la misma hipoteca —ampliada— para garantizar las nuevas cantidades, pues éstas debían ser cubiertas con independencia y marginalmente. Cualquiera que sea el valor que cupiera atribuir a tal frase, el mismo ha quedado desconocido por una Resolución directamente atinente al supuesto de hecho, por lo que la interpretación de tales palabras ha de ser corregida para referirla exclusivamente a la pretensión de utilizar la cifra de responsabilidad hipotecaria sin modificación de la hipoteca, pero no a la imposibilidad de esta modificación.)

«Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos».

Con esta aséptica frase, la DG sanciona salomónicamente la cuestión. En realidad, si bien se mira, la DG se despreocupa por completo de demostrar *«tal posibilidad»*, que parece dar por obvia, preocupándose casi en exclusiva de demostrar *«sus peculiares efectos»*, efectos en los que después entraremos y que, de ser ciertos en el sentido más radical en que están expresados, llevarían a aguar por completo la posibilidad aceptada, en cuanto parece concluirse en que en realidad existen las dos hipotecas que reclamaba el Registrador, no obstante la unidad que pretendieron los interesados. Todo ello está prácticamente contenido de íntegra manera, en el Fundamento 4.º de Derecho, del que también he extraído las anteriores frases recogidas en este apartado, que transcribiré literalmente en su mayor parte para comodidad de todos.

Antes de ello y sin solución de continuidad con la frase salomónica, la Resolución se mete de cabeza en un avispero: *«El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria*

anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho».

Un avispero no sólo porque el artículo 144 LH, más que un precepto de legal concreción práctica es una declaración programática, aunque se utilice reiteradamente como muletilla de apoyo sin un estudio profundo de las consecuencias dogmáticas que de su tenor literal resultan, sino especialmente porque la DG califica ahora nuestro supuesto como un supuesto de *novación de contrato*. Debemos recordar que previamente, como hemos visto al tratar de los aspectos de la obligación ampliada, había dicho que no se produce en nuestro supuesto una *renovación contractual*, de modo que de haber un matiz diferencial entre una y otra hubiera merecido la pena cuidarse o explicarse. Porque el planteamiento de ahora nos conduce sin paliativos al principal argumento utilizado precisamente por los refractarios a admitir la inscripción de ampliación de hipoteca, el artículo 240 del correspondiente Reglamento, el cual enlazando precisamente con aquel artículo legal expresa: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley, cuando el hecho o convenio entre las partes produzca la novación total o parcial del contrato inscrito, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente».

Probablemente la cita del artículo 144 de la Ley era innecesaria, pues se hace para expresar aquello que según la doctrina clásica hacía de tal precepto un artículo inútil. Esto es, decir que la constancia registral de la ampliación de hipoteca es requisito de su oponibilidad respecto de terceros, lo que resulta evidentemente «de la doctrina general que informa los artículos 10 al 17, 23, 36, 37 y, en fin, por toda la Ley Hipotecaria, que se basa en el principio fundamental de que los actos y contratos que afectan al estado de la propiedad inmueble no perjudican a tercero más que desde el día de su inscripción...» (GALINDO y ESCOSURA); de modo que esta misma doctrina buscaba el sentido de la norma por otros derroteros que no son de seguir aquí. Pero una vez citado, la DG no debía ya callarse el dar adecuada respuesta a quienes pretenden utilizar el precepto reglamentario de desarrollo como regla de la que deducir todas las consecuencias sustantivas que resultan de la forma de hacer constar en el Registro la «modificación o destrucción» de la «obligación hipotecaria» anterior. (Si el Reglamento ordena cancelación e inscripción, ello quiere decir que necesariamente ha habido extinción y nacimiento, de modo que debe darse por supuesto que esto último ha venido legalmente establecido.)

Podría acaso haberse intentado una interpretación literal del precepto reglamentario sobre la base de decir que el mismo se refiere a hechos o circunstancias que no ven total o parcialmente el contrato, es decir, el propio título

formal y material en cuya virtud se generó el Derecho real inscrito, lo que en modo alguno es equiparable a la circunstancia de ampliarse el Derecho real como consecuencia de la modificación de la obligación garantizada. O también que la referencia al artículo 144 de la Ley con la que se inicia la norma obliga a entender que la prevención de la cancelación y nueva inscripción será imprescindible en el solo caso de que exista un tercero (inscrito), respecto del que según la dicción legal no puede surtir efecto la ampliación no inscrita, por lo que ésta no podrá llevarse ya a efecto más que con arreglo a la «forma» establecida reglamentariamente.

O, en suma, interpretar los preceptos tanto el legal como el reglamentario con el sentido que en la evolución de los tiempos ha ido adquiriendo la institución del Registro de la Propiedad. No debe olvidarse que ambas normas proceden de las primitivas redacciones de los cuerpos normativos en que se insertan, y que como tal responden a una configuración de laboratorio especulativo cuyo éxito como conjunto es incuestionable, pero que, precisamente por eso, no pueden entenderse desconectados de tal conjunto y de la cabal comprensión que del mismo se induce después de más de ciento cuarenta años de práctica. No voy a entrar aquí en el precepto legal que establece una declaración programática acorde como ha dicho la doctrina con el sistema, e inentendible por tanto fuera de él, pero me niego a admitir que sea un precepto reglamentario del que únicamente puede predicarse el silencio como razón de una inexistente adaptación al Código Civil, el que, con además tan deficiente redacción, fije las consecuencias, insisto de índole «sustantiva», de toda modificación o novación del derecho de hipoteca, precisamente por la forma de los asientos que prescribe: cancelación e inscripción, *ergo*: extinción y nueva constitución (4). En último término siempre que nos queda el argumento de la reducción al absurdo.

(4) Páginas atrás he escrito que respecto de terceros extrarregistrales es indiferente que la ampliación de la obligación asegurada se garantice mediante ampliación de la hipoteca inscrita o, previa cancelación de ésta, mediante constitución de una nueva por el total importe. A sus efectos, en todo caso el bien garante queda excluido de sus pretensiones ejecutivas hasta la suma del montante de la deuda, en el sentido de que en cualquier caso, y con absoluta independencia de las fechas de los respectivos créditos, siempre están obligados a asumir la afección del bien al pago de la deuda garantizada con todas las consecuencias que de ello se siguen. Únicamente si esa atribución de garantía a un determinado acreedor se hubiera hecho en fraude de sus derechos (o en ese período general de fraude que es el de retroacción de la quiebra), podrían impugnar judicialmente la misma y como consecuencia pretender para el crédito ex-garantizado la pérdida de su carácter privilegiado. Respecto de los terceros registrales, la diferente consecuencia de una u otra posibilidad se tratará a continuación en el texto. Pero ¿qué pasa respecto de las partes? No es lo más grave, a mi juicio, que la imposición al acreedor de la necesidad de cancelar e inscribir —cuyas consecuencias sustantivas que acaso pudieran ser dudosas, tratándose de la generalidad de los derechos reales, no admiten la más mínima tratándose de un derecho de inscripción constitutiva como es la hipoteca: se cancela porque se extingue y

(Sólo a título de curiosidad, apunto que los autores citados expresaban ya en sus Comentarios al art. 144 de la Ley Hipotecaria —que como puede verse conserva todavía hoy el propio número—, en la edición que manejo, que es de 1883, que había supuestos de modificación en los que resultaba excesiva e innecesaria la forma reglamentaria, cuando el mismo objeto se conseguiría mediante una sencilla nota puesta al margen de la hipoteca, y entre los supuestos que ejemplificaban al efecto estaba precisamente el de «ampliación de hipoteca», aunque obviamente no explican lo que entendían por ésta.)

A continuación desarrolla la DG la posibilidad de la ampliación de la hipoteca (y sus peculiares efectos) obligada sin duda por la referencia expresa que a la misma hacen los artículos 115 y 163 LH y 219.2.º RH:

«A la ampliación de hipoteca hacen referencia los artículos 115 y 163 de la misma Ley, así como en el 219.2.º de su Reglamento. Cuando el primero atribuye el derecho a exigir al acreedor la ampliación de la hipoteca para garantizar intereses vencidos y no satisfechos que no lo estuvieran a consecuencia de la limitación que en orden a su garantía establece el artículo anterior, se cuida de dejar a salvo los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación. Esa salvedad implica que frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones: una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada. A la misma conclusión ha de llegarse en el caso de la ampliación de hipoteca legal

se inscribe porque se constituye— conleve para él la pérdida de la garantía inicial respecto de la parte de crédito aún no amortizada, y que por tanto no pueda defender su sobrevivencia a la amenaza de fraude que pudiera pesar sobre la incorporación a la garantía de la ampliación del crédito. Para mí lo más grave, obviamente, desde el plano teórico en que escribo, es de nuevo el desentendimiento del Derecho real de hipoteca, y que no se atisbe a comprender que el hecho de que el acreedor hipotecario pueda ejercitar su procedimiento ejecutivo especial porque, a la postre, sigue teniendo una hipoteca inscrita a su favor, no resuelve la gravedad que la pérdida del inicial Derecho real provoca. ¿Qué pasaría si con anterioridad a la (obligada) cancelación y nueva inscripción de la hipoteca para garantizar la obligación resultante de la ampliación del crédito primitivo, el dueño de la finca hipotecada la hubiera arrendado ventajosamente en contra de los intereses del acreedor o hubiera realizado sobre la finca hipotecada cualesquiera otros actos desvalorizadores que hubieran legitimado al acreedor para ejercer la acción de devastación (art. 117 LH) o para pretender el vencimiento anticipado de la deuda garantizada por pérdida del derecho al plazo del deudor (art. 1.129 del Código Civil)? No veo ninguna razón que asista al acreedor para defender la eficacia retroactiva de la nueva hipoteca constituida, ni para pretender la pervivencia de la antigua extinguida. Todo lo más le asisten las pretensiones que pueda deducir de la mala fe del deudor si por exceso de confianza no comprobó las circunstancias físicas y jurídicas de la finca que iban a regir para la nueva hipoteca.

exigida al amparo del artículo 163 de la Ley, o de la ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación conforme al artículo 219.2.º del Reglamento Hipotecario, máxime si en este caso la llamada ampliación tiene lugar mediante la constitución de hipoteca sobre bienes distintos de los hasta entonces hipotecados.

Ante ello, ha de concluirse que la denominada por el propio legislador, ampliación de hipoteca, ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el artículo 578.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos tan sólo en el supuesto que puede ser más dudoso, el de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, resultaría que caso de existir cargas intermedias, la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas. Por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación cual hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. Caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá la preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas, pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente».

Como antes apuntamos, a la DG no preocupa tanto encontrar argumentos para la admisión de la ampliación de hipoteca, cuanto el desarrollar sus «*peculiares efectos*». Quizá esto explica el silencio en que es pasado el artículo 81 de la misma Ley Hipotecaria, que contempla «la ampliación de cualquier derecho inscrito» —del que por tanto no parece pueda ser excluido el derecho de hipoteca—, estableciendo que «será objeto de una nueva inscripción, en la cual se hará referencia a la del derecho ampliado», y que desde luego hubiera merecido idénticamente alguna referencia, al menos para aclarar el significado de la que según tal precepto se debe realizar a la inscripción del derecho ampliado.

Deteniéndonos un momento en el desarrollo de los «*peculiares efectos*» que la DG parece encontrar en las normas para atribuir a las ampliaciones de hipoteca, me interesa realizar una serie de consideraciones:

1.^a La primera conclusión que obtiene la DG es que «*la denominada por el propio legislador, ampliación de hipoteca, ha de asimilarse a efectos prác-*

ticos a la constitución de una nueva», y «sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el artículo 578.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La comparación que se realiza en estos párrafos es profundamente reveladora de cuanto se ha venido lamentando en las páginas que anteceden: la pérdida del sentido del Derecho real de la hipoteca y su conversión en un mero privilegio crediticio. Esto explica algunas afirmaciones posteriores de la propia Resolución, pues aunque la ampliación de hipoteca parece ser convertida, a efectos prácticos, en hipoteca nueva, ello lo es porque no es menester plantearse el desarrollo de ésta, ni preguntarse por su funcionamiento efectivo en la práctica como tal nueva hipoteca, ya que en realidad la DG la contempla exclusivamente como una preferencia crediticia. De aquí la asimilación a la mejora de embargo. (Lo que por otra parte no hace sino arrojar dudas sobre si para la DG con arreglo a la vigente LEC, las cifras que consten en la anotación preventiva operan como límite de garantía respecto de terceros posteriores, tal como ocurre con la hipoteca, modificándose de esta manera la doctrina sentada con la antigua. Ver sobre ésta la reciente RDG de 28 de marzo de 2003).

2.^a En lo que sí debo entretenerme es en el desconocimiento de la naturaleza de Derecho real de la hipoteca y su abandono a los vaivenes de los privilegios concedidos a los créditos. En las páginas que anteceden ya hemos estudiado la naturaleza de la hipoteca como Derecho real que atribuye a su titular un ámbito especial de ejecución sobre el que satisfacer con exclusiva (preferencia) su crédito, y con capacidad de purga de derechos posteriores (rango).

La DG parece desconocer en sus consideraciones el valor como Derecho real de la hipoteca y la introduce en el microcosmos de las preferencias crediticias. En el caso de ejecución de la hipoteca ampliada, dice, primero será satisfecho el acreedor hipotecario por las cantidades inicialmente garantizadas, después lo serán los titulares de las cargas intermedias, y si queda sobrante, el malparado acreedor hipotecario por la parte del crédito ampliado. Lo que no desarrolla la Resolución es cómo se resuelve esto en la práctica, esto es, si el reparto debe hacerlo el Juez que conozca de la ejecución hipotecaria sin más, o debe esperar las peticiones de preferencia de los acreedores posteriores, y en todo caso singularmente si será permitido al acreedor hipotecario la asombrosa paradoja de introducir en su propio ejecutivo especial instado como consecuencia de la hipoteca ampliada una tercería de mejor derecho para pretender acaso que la parte ampliada de crédito, al menos en cuanto escrituraria, sea preferente a los créditos anotados de fecha posterior.

Para rematar el desconcierto debe añadirse que no resulta nada claro de las palabras que la Resolución dedica a la *«preferencia para el cobro»*, si dentro de las *«cantidades inicialmente garantizadas»*, que el titular de la

hipoteca tiene derecho a cobrar antes que las cargas intermedias, se incluyen todas las que puedan caber en la inicial cifra de responsabilidad hipotecaria (cualquiera que sea el crédito de que procedan) o tan sólo la parte no reconocidamente amortizada del crédito inicial. Sería de una gravedad inusitada defender lo primero, por lo que parece que las palabras de la DG deben interpretarse a favor de lo segundo, si bien distan mucho de decirlo con claridad.

3.^a Por otra parte, a pesar de que la Resolución extrae como peculiar consecuencia práctica de la ampliación de la hipoteca el orden de cobro a que me he referido en el punto anterior, tampoco resulta demasiado seguro que éste sea el parecer de la DG. Porque en la justificación teórica, de tal consecuencia no resultan estar las cosas demasiados claras; así resulta del Fundamento transcrito. En su primer párrafo se observa que *«frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca se descompone en dos fracciones»* (la preexistente y la ampliada, cada una con la preferencia que le atribuye la fecha de su respectiva inscripción). Sin embargo en el párrafo segundo se expresa que *«sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y exigencia de prioridad única...»*.

En suma, ¿se trata de una hipoteca con dos responsabilidades o de dos hipotecas distintas? Defender que una hipoteca tiene dos responsabilidades hipotecarias diferentes es desconocer que el objeto de la garantía es un crédito, no una responsabilidad; ésta es la simple cuantificación de aquél. Afir-mar por lo tanto que una sola hipoteca puede garantizar un solo crédito desdoblado en dos es incomprensible. (Debe recordarse lo que antes dijimos sobre la hipoteca de seguridad en garantía de una obligación limitada en cuanto a la cifra máxima de crédito y su ampliación posterior: o se determinan las partes de crédito garantizadas, con la consiguiente división, o el mismo crédito aparece garantizado dos veces contra la prohibición legal de hipotecas solidarias.) La única respuesta razonable, de admitirse el criterio de la DG, sería la segunda, que además sería la coherente con la naturaleza de Derecho real de la hipoteca; lo que no se ve es que diferencia hay entre esta eficacia definitiva que la DG considera haber (y que dudo que se ajustara al querer de las partes) y la pretensión del registrador calificador, cuya nota se ve revocada, de que se constituyera una hipoteca independiente respecto de la parte ampliada. Sin embargo la dualidad de hipotecas y de rangos implica la posibilidad (necesidad) de ejecuciones separadas (sin perjuicio de la acumulación cuando sea legalmente posible) respecto de cada uno de los (inevitablemente) distintos créditos garantizados, y esto, como antes vimos, no parece estar en la mente de la DG.

Con todo, aunque pudiera reconocerse la validez de la construcción de la DG, cualquiera que fuera ésta, no veo manera alguna de conciliar la posibilidad de la «dualidad» (de hipotecas o de responsabilidades) con el punto de partida, esto es, que *«entre las partes contratantes han de primar los efectos de su voluntad que es establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos previstos en el artículo 1.169 del Código Civil...»*. Se objetará, evidentemente, que esta unificación sólo opera (puede operar) entre las partes contratantes, no respecto de terceros, y éste es el supuesto en que ahora nos hallamos al presuponer la existencia de cargas intermedias. Completamente de acuerdo, pero si en la escritura contemplada en el supuesto la obligación aparecía unificada, como así estableció la misma Resolución, ¿cómo debe hacerse el desdoblamiento de la obligación, que aparece estipulada como única, respecto de tales terceros? Por otra parte, la DG no parece contemplar la posibilidad de que la ejecución de la hipoteca se limite a una parte del crédito (de amortización periódica), sin que el acreedor acuda al vencimiento anticipado de la totalidad. Y no parece que este elemental derecho del acreedor pueda desconocerse. En tal caso, ¿a qué responsabilidad se imputa la cantidad reclamada?, o ¿qué hipoteca es la que debe ser objeto de ejecución? ¿Se quiere defender que todas las cantidades parciales serán imputadas a la hipoteca inicial, en tanto no se exceda de su responsabilidad hipotecaria? ¿O lo querido es que la primera obligación reste indemne respecto de tercero, de modo que se procederá a su teórica reconstrucción para poder imputar a ella las cantidades satisfechas por el deudor con arreglo al nuevo cuadro de amortización pactado para la obligación acumulada? Como bien se ve, la conciliación del presupuesto inicial «única obligación» con la conclusión final «dualidad de hipotecas» es imposible.

6.º EN CONCLUSIÓN

Así lo hace la Resolución comentada:

«En conclusión, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba siempre que se determine con precisión cuáles son esas responsabilidades objeto de garantía (art. 12 de la Ley Hipotecaria), pero los efectos de tal inscripción son los que se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la Ley Hipotecaria) y no por la voluntad de las partes, salvo la posibilidad de renunciar al mismo dentro de los límites del artículo 6.2.º del Código Civil, del que es

un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. Por ello, en un caso como el presente, es inscribible la ampliación de hipoteca convenida».

La expresa referencia a «un caso como el presente», parece restringir, sin demasiadas explicaciones sobre las particularidades del caso —por ejemplo, se desconoce si de hecho existían terceros intermedios—, la dosis de generalidad con la que en principio también parece que la Resolución viene a admitir la inscripción de las ampliaciones de hipoteca, generalidad que se sustenta en escuetas dicciones legales, leídas de manera tal que dejan abierto el problema a una futura determinación judicial de las respectivas preferencias de los créditos asegurados por las distintas cargas.

No obstante insiste la DG en que lo que debe determinarse son las «nuevas responsabilidades objeto de garantía», y nuevamente debo mostrar mi desacuerdo. Las responsabilidades no se garantizan, se garantizan obligaciones, de modo que el establecimiento de distintas cifras de responsabilidad, que en conjunto suman la obligación garantizada con sus accesorias, sin determinar a qué parte de ésta correspondan, significa dejar indeterminada la obligación garantizada. Por lo demás, vuelve también la DG a mencionar la palabra «rango», lo que implica necesariamente la dualidad de hipotecas, y lo hace acompañándolo de la apertura de un nuevo frente de conflictos inesperado y no resuelto, como es el de la negociación del rango hipotecario, que no es de tratar aquí, pero que confirma necesariamente la existencia de una dualidad de hipotecas.

En mi conclusión, creo que esta Resolución dista de haber dejado solucionado el problema. Pero si bien se mira, aporta una distinción fundamental: la ampliación de hipoteca no puede ser observada de la misma manera en el caso de que no existan terceros registrales que en el caso en que sí los haya: titulares de cargas intermedias. Todas las complicaciones que la DG encuentra se reducen a este último supuesto, para el que trata de encontrar una salvadora solución tratando de conciliar efectos que a la postre se revelan inconciliables.

Por ello me parece que en la práctica se pueden distinguir los dos supuestos.

- A) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de no existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y anteriores a la pretensión de ampliación*

En el caso en que no existan terceros, y por terceros deben entenderse exclusivamente los titulares de cargas posteriores a la hipoteca primitiva, debe partirse de la voluntad de los contratantes de «establecer un único y

uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones», cuyo pago se ha unificado a los efectos previstos en el artículo 1.169 del Código Civil. Por el tenor de tal manifestación del Centro Directivo y por las particularidades del caso resuelto deberá admitirse esta construcción en tanto no se haya extinguido por pago de la deuda la hipoteca primitiva, aunque el importe de la ampliación y el nuevo plazo pactados sean manifiestamente desproporcionados con los pendientes correspondientes de la obligación primeramente garantizada.

Siendo por tanto una la obligación garantizada, siendo una la hipoteca y siendo por tanto uno el rango, no hay razón ni lugar para la fijación de distintas cifras de responsabilidad. En las páginas de atrás se ha justificado porque es única y la misma la hipoteca, porque hay un solo rango —entendido éste en su prístino sentido de capacidad de purga, respecto del que es indiferente la fecha del crédito—, y porque no se atenta contra los derechos de posibles terceros extrarregistrales, que tienen siempre abierta la posibilidad de impugnar la operación jurídica realizada. Al efecto el único requisito imprescindible es que se determine con claridad la situación de la obligación primitiva —es decir, la parte pendiente de amortización—, porque, partiendo de la base de que la obligación final es una mera «ampliación» de la primera —identidad de «causa» de pedir—, debe ser posible, en caso de cancelación de la inscripción de la ampliación, la necesaria comparación de los derechos derivados de la hipoteca inicial con los de tales terceros triunfantes frente a la ampliación.

No creo que esta conclusión signifique desconocer el contenido de la Resolución, sino antes al contrario ajustarse a sus estrictos límites, tanto en cuanto a la naturaleza de la obligación cuanto por lo que hace a sus consecuencias hipotecarias. No puede perderse en ningún momento de vista que cuando la DG formula sus consideraciones sobre los «*peculiares efectos*» de la ampliación, está contemplando exclusivamente el caso de que existan «*terceros*», esto es, «*derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación*», o también «*cargas intermedias*», por lo que no parece oportuno pretender, ni siquiera siguiendo sus dictados, que la fáctica dualidad de hipotecas o de responsabilidades en que concluye se produzca aún si tales no existen, y que en consecuencia también en este caso deban distinguirse permanentemente distintas cifras de responsabilidad, como si de créditos distintos se tratara (en la mejor de las interpretaciones), una vez que las partes han manifestado su voluntad de que pasen a considerarse un solo crédito, posibilidad cuyo admisión por la propia Resolución es, como antes hemos visto, el punto de partida de todas las consecuencias posteriores.

El problema en que me hallo es que mi pretensión de reducir los requisitos y consecuencias de la Resolución comentada al supuesto en que existan

cargas posteriores a la hipoteca primitiva, es una solución transaccional que apunto, para que aquellos compañeros reticentes a admitir la figura de la ampliación de la hipoteca, no se vean perturbados en su actuación por las dudas que les puedan crear los indicados últimos párrafos de la misma. Y apunto tal interpretación correctora, entre otras cosas, porque no creo que llegue a plantearse el supuesto de hecho al que yo restrinjo las consideraciones de la DG; sencillamente porque estoy seguro de que salvo error o engaño no hay ninguna Institución financiera que se preste a una «novación modificativa por ampliación del préstamo garantizado con hipoteca» en el caso de que en el Registro de la Propiedad consten cargas inscritas con posterioridad a su primera hipoteca, dadas las enormes dudas jurídicas que se cernirían sobre la operación resultante, incluida la propia conservación de la preferencia crediticia respecto del acreedor intermedio, que podría desde luego alegar la extinción y no la mera modificación del crédito anterior.

Pero digo que me hallo en un problema porque no creo en tal interpretación correctora, ya que lo que yo pienso es que si existen cargas intermedias lo que no puede hacerse es inscribir la ampliación de la hipoteca, ni confundirse el crédito inicial y su ampliación en un crédito único, sino que en tal caso la dualidad crediticia y por tanto de garantías hipotecarias se impone sin paliativos. Desarrollemos esta idea en el siguiente apartado.

B) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y preferentes a la pretensión de ampliación*

Es fundamental antes de nada atender a la dicción literal de las normas. En ningún caso dice la LH (y singularmente tampoco el art. 115 como parece sugerir la Resolución), que la ampliación de hipoteca no puede perjudicar a «los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación». Lo que la Ley siempre dice es que «la ampliación no perjudicará a los derechos inscritos», lo que es sustancialmente distinto, ya que el legislador, cuando se refiere a la «ampliación de la hipoteca», no está pensando en el asiento registral de ampliación de ninguna concreta inscripción de hipoteca, sino en el necesario incremento de la garantía para cubrir sumas mayores de deuda principal o accesoria, incremento cuya plasmación práctica no desarrolla, y que por lo tanto se llevará a cabo en los términos que sean en cada caso legalmente posibles con arreglo a nuestro sistema hipotecario, esto es, bien mediante la ampliación de la hipoteca inicial si por la inexistencia de terceros no cabe su perjuicio, bien mediante la constitución de nueva hipoteca, lo que será obligado llevar a cabo tanto si tal incremento debe hacerse valer sobre una finca distinta de las anteriormente hipotecadas, como si debiéndose hacer

valer sobre la misma finca existen en tal momento derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca inicial, que se verían perjudicados si la ampliación de hipoteca llegara a inscribirse.

Salvado, creo, el escollo que podría representar la literalidad de una norma legal, mediante la demostración, o al menos la interpretación, de que no es tal, debo ahora manifestar mis razones en defensa de que existiendo derechos inscritos no pueden las partes pretender la inscripción de la operación de ampliación de hipoteca que garantice la «novación modificativa» del crédito consistente en la ampliación de su cuantía y la modificación más o menos amplia de las circunstancias del crédito único resultante de tal ampliación.

Para expresar mis razones debo hacer una recapitulación ordenada de ideas que he ido dejando dispersas, lo que a la par sirve de conclusiones.

Primera: Es perfectamente admisible que las partes modifiquen (mal llamada «novación modificativa») un crédito mediante la ampliación de su importe y otras circunstancias del mismo, siendo el resultado de la operación el mismo y único crédito, siempre que su voluntad sea manifiesta en el sentido de no pretender el nacimiento de un crédito nuevo, pero sin que tal ficción se imponga a los terceros quienes podrán alegar la verdadera naturaleza de obligación nueva que tiene el importe ampliado (y acaso la extinción del crédito primitivo).

Segunda: Es perfectamente admisible que las partes quieran la conservación de la misma hipoteca en garantía del que ellos quieren sea el mismo crédito, siempre y cuando tal hipoteca no se haya extinguido por accesoriedad, lo que habrá ocurrido inevitablemente si el crédito primitivo se hubiera amortizado por entero.

Tercera: El Derecho real de hipoteca tolera perfectamente la modificación de su contenido que pasa a garantizar el importe ampliado del crédito. Ello es así porque no se confunde con el crédito, ni por tanto puede decirse que existe un «crédito hipotecario» con dos rangos distintos, aunque si pueda decirse que, respecto de terceros, existen dos créditos distintos, cada uno con su respectiva preferencia. Esta dualidad se manifiesta tan sólo ante la pretensión de impugnación de tales terceros. El Derecho real de hipoteca conserva su rango que es el mismo (porque por definición se parte de que no hay rangos intermedios). A efectos del rango es indiferente la fecha del crédito.

Cuarta: El hecho de que la ampliación de la hipoteca pueda afectar a terceros extrarregistrales no es causa que pueda impedir su inscripción. Ahora bien, el Derecho real de hipoteca no anticipa a su fecha de nacimiento la fecha de la operación de ampliación y modificación de crédito, por lo que es perfectamente admisible la impugnación y nulidad de esta segunda, sin que ello afecte para nada a la primitiva hipoteca (sin perjuicio de que la pretensión del impugnante puede extenderse asimismo a ésta y así acordarlo

el Juez). Esto requiere la perfecta determinación de la situación del primer crédito en el momento de producirse la ampliación.

Quinta: Por lo tanto, en el caso de que existan terceros registrales, es decir, titulares de derechos inscritos con posterioridad a la primera hipoteca, no es inscribible la operación de ampliación pretendida. Primero, porque las partes no pueden imponer a dichos terceros su consideración del crédito resultante como crédito único y uniforme, por lo que será obligada su separación como créditos distintos con las consecuencias que de ello deben seguirse. Segundo, porque aún en el caso de que así no fuera en nuestro sistema inmobiliario registral ni puede tolerarse una hipoteca con dos rangos, ni puede tolerarse que un mismo crédito quede garantizado con dos hipotecas, porque como más arriba se ha señalado, o tales hipotecas son solidarias (en caso de indeterminación de la parte por cada una garantizada) o vienen a garantizar créditos distintos (en el caso de que sí se hayan señalado las respectivas partes garantizadas). De modo que no resta otra alternativa que la constitución de una hipoteca nueva que garantice el importe del nuevo crédito.

FERNANDO CANALS BRAGE
Registrador de la Propiedad

La subrogación procesal automática en sede ejecutiva *ex* artículo 659.3 LEC. Una pretendida visión práctica

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.— II. EL ARTICULO 659.3 LEC 1/2000: 1. SU CONTENIDO, SU APLICABILIDAD Y SU SUBSIDIARIEDAD. 2. EFECTO Y RANGO REGISTRAL.—III. LIMITES Y EFECTOS DEL ACTO SUBROGATORIO: 1. EFECTOS PROCESALES DE LA SUBROGACIÓN. 2. LÍMITES CUANTITATIVOS «LEGE DATA». 3. LÍMITES CUALITATIVOS ¿«LEGE FERENDA»? 4. TERCERÍAS DE MEJOR DERECHO.—IV. ¿APLICACION SUBSIDIARIA EN EJECUCIONES SINGULARES DE NATURALEZA SALARIAL?—REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.

I. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La sistematización del proceso de ejecución en la vigente LEC ha sido, digamos, un obligado acierto. Una ley adjetiva, máxime manteniendo —incluso reforzando— su vocación de aplicación general (art. 4 LEC), no podía seguir alimentando una asistematización tan caótica como la que se ha aplicado durante sus ciento veinte años de vigencia. Ello, sin embargo, no quiere decir que su aplicación práctica y la contribución de los operadores jurídicos no deba coadyuvar a puntuales mejoras del instituto, aunque inicialmente debamos conformarnos con la inevitable y a la vez oportuna función interpretadora.

No constituye el objeto de este trabajo, por supuesto, ningún análisis somero y general, siquiera particular, en torno a la ejecución forzosa, sino que se centra en algunos pormenores de la particular intervención que tienen los titulares de derechos posteriormente inscritos al crédito que se ejecuta a los que la ley les faculta subrogarse una vez hayan acreditado el pago de las responsabilidades que se hayan asegurado a instancia del —o de un acreedor anterior— (*ex* art. 659.3 LEC, sobre el que girará la presente exposición) y su recelosa —o como mínimo cuestionada— aplicación en algún tipo privi-

legiado. Tampoco se pretende denunciar de forma incisiva ningún aspecto de la nueva ley adjetiva en su aplicación judicial: en primer lugar, porque no consideramos ésta una función constructiva si no va acompañada de posibles soluciones alternativas, y en este caso difícilmente puede ocuparse una ley adjetiva general, cuya misión principal es —en lo relativo al tema que nos referimos— regular las vicisitudes que pueden darse en la ejecución civil y no en temas derivados de su subsidiaria aplicación; en segundo término, porque el contenido del precepto no es más que una manifestación de la protección del crédito anotado en asiento registral, en este caso de aquellos terceros ajenos a la relación jurídico-procesal que figuren como acreedores posteriores; y por último, contribuir en lo posible con esta breve reflexión enlazando con estudios ya publicados en torno a temas conexos (1).

Sin más preámbulos, que sólo contribuirían a hacer indigerible este trabajo que tan sólo versa sobre un aspecto puntual, entremos en la materia que persigue este breve estudio.

II. EL ARTICULO 659.3 LEC 1/2000

1. SU CONTENIDO, SU APLICABILIDAD Y SU SUBSIDIARIEDAD

Antes de analizar su concreto contenido es preciso una mención acerca de su ubicación sistemática en la Sección 6.^a dedicada a la subasta de bienes inmuebles (arts. 655 a 675 LEC), aunque el legislador se apresura a extender la normativa a aquellos otros bienes muebles (*sic*) sometidos a un régimen similar de publicidad que los primeros (art. 655.1). En nuestra opinión, la extensión adolece de demasiada prudencia, al no equiparar en este estadio otros derechos sometidos a publicidad de contenido patrimonial. Pensemos en derechos de propiedad industrial, como buen ejemplo de constituir un terreno donde entran en juego grandes intereses comerciales y económicos. Fuera del inciso, el precepto comentado protege, como reza su rótulo, a los «titulares de derechos posteriormente inscritos»: comunicación a éstos de la existencia de la ejecución por el Registrador, si bien dicha obligación —que arranca de la Ley de Reforma Procesal de 1992 (2)— se supedita a que el

(1) Por poner dos ejemplos, vid., *passim*, en esta publicación periódica, ARNÁIZ RAMOS, R., «La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación respecto titulares registrales posteriores a ella», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 666, julio-agosto 2001, págs. 1555-1586; o SERRERA CONTRERAS, P. L., «La anotación preventiva de embargo, ¿aún en ascensión?», en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio 2001, págs. 1263 y sigs.

(2) Ley 10/1992, de 30 de abril, de Reforma urgente, que dio nueva redacción al hoy derogado artículo 1.490 LEC de 1881.

domicilio de los mismos conste en el Registro y que figure inscrito su crédito con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas *ex* artículo 656 LEC, si bien otros que hayan tenido entrada posterior se les faculta intervenir —quizá de modo demasiado genérico— en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento «que les afecten» (3).

Unos y otros acreedores de estos mencionados tienen la posibilidad legal —según el contenido de la norma— de subrogarse en los derechos del *ejecutante* (4) si hacen pago de las responsabilidades que consten anotadas. Esta cantidad, que normalmente la constituirá el principal —incrementado, en su caso, con los intereses vencidos, si procede— más la cantidad en concepto de intereses y costas de la ejecutoria. Ello se complementa sin violencia si tomamos en consideración la ineluctable interrelación entre la ley procesal y las normas hipotecarias. Podemos observar que el régimen jurídico de las cargas no preferentes no se ha modificado, al extinguirse éstas enajenado el bien (sistema de «purga de cargas») (5).

El ejercicio de este derecho podrá ejercitarse desde que consten inscritos los derechos de estos terceros y se encuentra *ex lege* limitado hasta el momento del remate (*sic*). Interpretando la letra en sus propios términos (art. 3.1 del Código Civil), las opciones son un tanto equívocas. Por ejemplo, si tomamos como referencia el acto del remate —lo que equivale a decir el día señalado para la subasta única si hay postura admisible— puede suceder que el rematante quiebre la subasta y el remate pueda finalmente aprobarse, por lo que podría considerarse más acertado que el legislador hubiera diferido el momento al de la aprobación del remate (6) (*ex* art. 670 LEC). Este auto es precisamente la resolución que a su firmeza habilita al acreedor ejecutante para el cobro, puesto que es recurrible en reposición (arts. 451 y 454 LEC). Lógico parece que éste deba ser el momento último en que el tercero pueda ejercitar la opción.

Fuera del proceso civil, la Ley Procesal vigente desde el 8 de enero de 2001 es de aplicación subsidiaria en otros órdenes jurisdiccionales (art. 4 LEC, disposiciones concordantes y paralelas). Como veremos, en la rama social del Derecho, la aplicación del artículo 659.3 puede plantear serios problemas que no se limitarán con el acceso al Registro.

(3) De la literalidad del artículo 659.2 LEC.

(4) Y no del «actor» como literalmente dice el estudiado artículo 659.3 LEC. Cfr. artículo 538 de la misma.

(5) Vid. artículo 674.2 LEC (mandamiento de cancelación de cargas tras la adjudicación); cfr. artículo 1.518 LEC de 1881; vid., al hilo de la cuestión, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, J. M. Bosch, Barcelona, 1987, cit., págs. 218-221.

(6) El perfeccionamiento de la enajenación judicial forzosa (subasta judicial) no se produce sino por el concurso de la oferta y la aceptación definitiva sobre la cosa y el precio (STC/Civ., de 21 de abril de 1975). Ello tiene lugar actualmente por el auto que al efecto se dicta al amparo de los artículos 650 ó 670 LEC.

2. EFECTO Y RANGO REGISTRAL

Realizado el pago, se hará constar así como la consiguiente subrogación legal del tercero acreedor posterior, en la inscripción o anotación del gravamen que se ejecuta y respecto del cual se subrogan y en las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades o del oportuno mandamiento judicial. La citada *nota marginal* producirá efectos contra tercero (*ex art.* 144 LH) y deben entenderse eficaces desde la fecha de presentación del acta o del despacho judicial (*arg. ex arts.* 24 y 25 LH), si bien por causa de la propia naturaleza del instituto subrogatorio, los derechos de crédito acogidos prevalecerán, a efectos registrales, desde la inscripción del crédito del ejecutante.

El crédito del ejecutante tendrá efecto frente a tercero desde la fecha de la presentación del mandamiento que se expida para asegurar el embargo sobre el inmueble. Esta fecha podrá —quizá mejor debería— retrotraerse a la fecha de recepción del comunicado del Tribunal [fax] de la traba, conforme prescribe el artículo 629.1 LEC, en el mismo día o siguiente al de su expedición (7), siempre que se presente el documento original dentro de los diez días (8), que será el momento a partir del cual debe surtir efecto el crédito acogido de distinta titularidad frente al ejecutado, pero no frente a tercero, que lo será el de la presentación del documento requerido acreditativo del pago para el acreedor posterior que haya abonado las responsabilidades que constaban en la inscripción.

El rango hipotecario o prioridad registral deriva, en principio, del orden de los asientos. Sin embargo, en ocasiones, como destaca RIVAS TORRALBA (9), cabe que una anotación de embargo traiga causa de la reclamación de un crédito del que exista una anterior constancia registral, en cuyo caso el «rango» será mejor que el que le correspondería. Esta dable hipótesis encaja perfectamente en los supuestos de prórroga (10), aunque no puede afirmarse lo mismo en los supuestos de mejora de embargo o de sus garantías (*ex arts.* 612, 613.4 LEC

(7) Respecto la preclusividad del plazo de remisión del fax por el Juzgado, CACHÓN CADENAS, «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo (Apuntes sobre algunos problemas prácticos)», en VV.AA., *La aplicación judicial de la nueva LEC* (director: Joan Picó i Junoy), Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2002, cit., pág. 214 *in fine*, critica dicha conversión del plazo en preclusivo, pues así se ha puesto de manifiesto en la práctica por poder afectar negativamente una actuación del Tribunal en perjuicio del ejecutante.

(8) Vid. artículo 418 RLH.

(9) RIVAS TORRALBA, R., «Preferencia de cobro y rango hipotecario», en VV.AA., *Preferencias de créditos*, CGPJ, CDJ, Madrid, 2000, cit., pág. 494 y nota 8.

(10) Artículo 86 LH en su actual redacción dada por la DF 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Sobre su interpretación, vid. Instrucción DGRN, de 12 de diciembre de 2000 (BOE del 22, marg. 23495).

o 257 LPL), en que la cantidad objeto de ejecución y por ende de aseguramiento será distinta y quedará constatada en asientos distintos. En los casos de que proceda la cancelación de la primitiva anotación, por ejemplo, por la subrogación tratada, deberá el órgano judicial ejecutor disponer lo necesario para adecuar el posterior asiento en vigor a la realidad, esto es, adecuarla a la cantidad real debida al acreedor ejecutante con base a lo percibido del acreedor posterior (la cantidad por la que se aseguró en el Registro la primitiva traba sobre el mismo inmueble).

III. LIMITES Y EFECTOS DEL ACTO SUBROGATORIO

1. EFECTOS PROCESALES DE LA SUBROGACIÓN

El acreedor posterior se subroga en los derechos del ejecutante si acredita el pago en las formas antedichas hasta donde alcance la totalidad del importe que asegure la garantía (anotación). Ahora bien, el proceso para el segundo únicamente se cierra respecto al inmueble en cuestión, puesto que si existe diferencia a su favor, una vez haya percibido la cantidad puesta a su disposición por el primero, puede seguir su procedimiento contra el deudor común hasta su total satisfacción (arg. *ex art.* 570 LEC). Por supuesto, si se dieran las estipulaciones procesales necesarias podría solicitar la mejora (*ex art.* 612 —y no 613.4— LEC) (11) por la cantidad pendiente. Eso sí, ocupando el orden registral que le corresponda según la específica legislación hipotecaria.

2. LÍMITES CUANTITATIVOS «LEGE DATA»

La ley fija claramente el límite de la responsabilidad: el que resulte del Registro (12). En la ejecución civil, despachada ésta, dicha responsabilidad la constituirá el principal, incrementado en su caso con los intereses ordinarios y moratorios vencidos más un 30 por 100 de tal suma o tales sumas en concepto de intereses y costas presupuestados para la ejecutoria. No obstante, tal cantidad provisional puede superar, previa justificación por el acreedor y aprobación del Tribunal, el porcentaje genérico del artículo 575.1 LEC. En la

(11) No se trata de un aumento de la cantidad inicialmente prevista. De ésta ya estará resarcido. Se trataría de la cantidad actual objeto de ejecución y haría falta mejorar el embargo, recayendo éste sobre la finca, es decir, embargo y el rango en el Registro serían distinto y posterior respectivamente; en el supuesto de la mejora de garantías del artículo 613.4, el embargo tiene el mismo origen aunque el rango sea posterior (*ex arts.* 24 y 25 LH), como se comenta.

(12) Ello encaja perfectamente con el contenido del artículo 166.3.º RLH.

ejecución social, al principal, más la suma en los casos que proceda de los intereses moratorios, *ex* artículo 29.3 ET, sólo podrá ser incrementado de forma general por el importe de una anualidad de intereses legales (hoy *ex* art. 576.1 LEC) y el 10 por 100 en concepto de costas del proceso, también provisionales (*ex* art. 249 LPL). En cualquier supuesto de estos mencionados, la responsabilidad registral coincidirá con la denominada cantidad objeto de apremio o —más propiamente— de ejecución (cantidad por la que se despache la ejecución que se hará constar en el mandamiento).

Mayores problemas, aunque no insalvables, se plantean en el caso de mejora de embargo. En sede civil puede solicitarse y acordarse mediante providencia (13) irrecurrible con cobijo en el artículo 612 LEC y con mucha mayor discrecionalidad en materia ejecutiva laboral al amparo del literal del artículo 257.2 LPL.

En uno u otro caso, dado que la mejora es por definición posterior al embargo originario, aparte de poder recaer sobre las garantías de éste —v.gr., aumento de la cantidad perseguida (14), *ex* art. 613.4 LEC—, la anotación registral tendrá rango posterior a la primera. Dicho de otra forma, si aumentan las responsabilidades pecuniarias nacidas de un mismo procedimiento judicial, no puede pretenderse, por mor de los artículos 24 y 25 LH, atribuirles el mismo rango que el embargo mejorado. Como han visto algunos autores, al ocupar por lógica la mejora posterior rango registral, el problema se suscitará cuando entre uno y otro hayan accedido acreedores que si bien son posteriores a la anotación originaria no pueden verse privados de su rango hipotecario anterior a la anotación de esta última (15). Descendiendo al tema que nos ocupa y en hipótesis paralelas, a un acreedor registral situado entre el embargo y la mejora, le permite el repetido artículo 659.3 pagar las responsabilidades y subrogarse en la obligación precedente. En estos casos, el primitivo ejecutante quedaría *ex lege* situado como acreedor posterior por la cantidad mejorada minorada en la primera. Ejemplificando: existe una anotación de embargo, letra B originada por un embargo ejecutivo a instancia de 1 contra 2; posteriormente tiene acceso una anotación letra C de 3 contra 2; la anotación letra B se efectúa para asegurar un total de 2.050 euros; la C,

(13) No hay confrontación, si la mejora recae sobre inmuebles, con el artículo 206.2.2.^a LEC, que si bien dispone la fórmula motivada para ordenar anotaciones registrales, se refiere a la fase declarativa; tampoco con el artículo 545.4, que constituye una norma general en sede ejecutiva frente a la ley especial que es el artículo 612.

(14) Supuesto muy dable en las ejecuciones laborales por el fenómeno de la acumulación (arts. 37 a 41 LPL). Vid., *passim*, FONOLL PUEYO, J. M., «Algunas notas sobre la acumulación ejecutiva salarial después de más de un decenio», en *Diario La Ley*, núm. 5410, 2 de noviembre de 2001, Edit. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2001, págs. 1-7.

(15) En este sentido, vid. SABATER SABATÉ, J. M.^a, «El procedimiento de apremio: aspectos prácticos», en VV.AA., *La aplicación judicial*, cit., pág. 257.

para asegurar 2.800 euros; posteriormente 1 mejora las garantías de 2.050 euros a 3.000 euros, causando la anotación letra D por esos 3.000 euros. El tercero (3) puede subrogarse en la anotación B pagando 2.050 euros y la situación que quedaría sería la siguiente: anotación letra B titularidad de 3 contra 2 por importe de 2.050 euros; anotación letra C titularidad de 3 contra 2 por importe de 750 euros (2.800-2.050), quien no extinguiría totalmente su carga originaria por ser superior a la que se subroga; y, finalmente, anotación letra D de 1 contra 2 por importe de 950 euros (3.000-2.050 percibidos por la subrogación). El rango hipotecario no se altera nunca.

Palmario parece que una de las vertientes del aspecto ejecutivo de la LEC es la garantista, en especial en cuanto a los acreedores posteriores. No sólo —como máximo exponente, supongo— la opción subrogatoria glosada, sino considerando el hecho de que, incluso adoptando una actitud pasiva y por la mera facilidad de la inscripción registral, se erigen automáticamente en acreedores del sobrante (art. 672 LEC) (16) (17). Conclusión a que anteriormente se llegaba sin excesiva dificultad cuando el artículo 131 de la LH tenía su propia finalidad inmediata, precepto que a su vez suplía en no pocas ocasiones los naturales vacíos del procedimiento de apremio común si quedaban implicados inmuebles.

Con el pretérito y macilento juicio ejecutivo, que no en vano ha servido, aunque con manifiesta asistematicidad, para la protección del crédito hasta la vigencia de la LEC, no cabía duda alguna sobre el destino que prioritariamente debía darse al dinero obtenido (satisfacción total del ejecutante por el capital, intereses y costas de la ejecución, *ex* art. 1.520 LEC 1881) (18). Ahora, a nuestro juicio, tampoco: el precepto que regula el reparto de las sumas obtenidas en subasta de inmuebles (art. 672) remite en su primer inciso a su homónimo y *de aplicación subsidiaria* —*ex* art. 655.2— artículo 654.1, conforme al cual se retendrá el remanente que resulte a resultas de la fijación del importe que, finalmente, se deba al ejecutante en concepto de intereses y costas de la ejecución, de forma que la mención del artículo 672 de la ley adjetiva civil relativa a que dicho remanente, tratándose de inmuebles con créditos posteriores anotados, debe retenerse a disposición de los acreedores posteriores, no admite más lectura que la decididamente proclive a efectuar

(16) Según algunos autores, en estos casos se constata una especie de subrogación real imperfecta a favor de acreedor posterior por el mero hecho de su inscripción. Vid., al respecto, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «La subrogación real en las hipotecas y en el embargo», en *RCDI*, núm. 649, Madrid, noviembre-diciembre 1998, págs. 1964 a 1966, 1975 y 1977.

(17) La RDGRN de 27 de noviembre de 1961, incluso consideró adecuado que el Juzgado procediera a retener el sobrante a disposición de los posibles acreedores posteriores, pues no constaba su existencia de forma fehaciente.

(18) Cfr. con la Regla 16.^a del derogado artículo 131 LH.

primero la liquidación de intereses —ya legales, o pactados— del proceso ejecutivo, así como las costas y una vez determinados, antes de devolver el sobrante al ejecutado o al tercer poseedor, pagar a los acreedores con derecho inscrito. No sería lógico que el remanente se destinara por completo a satisfacer a los acreedores inmediatamente posteriores y obligar al ejecutante principal a indagar sobre más bienes o derechos de contenido patrimonial del ejecutado deudor sobre los que realizar las sumas en concepto de intereses y costas no cubiertas una vez delimitadas estas últimas responsabilidades que traen causa en el propio proceso jurisdiccional. Este problema, empero, se suscitó incluso con la ley procesal decimonónica, triunfando la postura que aquí se defiende (19). Nótese que el literal del precepto es que el remanente «*se retendrá* —no se usa una expresión como “se pondrá a disposición”— de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad (...)», con lo cual, parece inesquivable entender que previamente a la satisfacción de los créditos de inferior rango registral.

Estos argumentos concilian a la perfección con la previsión contenida en el artículo 659.3, donde sí un acreedor —no necesariamente inmediatamente— posterior puede subrogarse, visto sea aquí desde el punto de vista registral, en el rango del ejecutante tan sólo pagando la cantidad anotada por la que responde el inmueble. Sostener opiniones contrarias provocarían una injustificada equiparación de trato entre un acreedor posterior que ha efectuado un desembolso para ascender del orden registral, posicionándose en la situación del ejecutante originario interviniendo en el proceso de ejecución, que al acreedor posterior pasivo que ni ha comparecido ni ha intervenido activamente en defensa de su crédito. Tampoco puede verse disculpa en el hecho de que un ejecutante pueda verse privado de unas cantidades que le son debidas por ministerio de ley (20) (intereses legales o pactados y costas ejecutivas) y limitar su acción ejecutiva a la cantidad que fue objeto de anotación por la mera existencia de acreedores posteriores a quienes la ley les faculta para subrogarse y no lo han hecho. Sí, desde luego, el bien quedará desafectado en relación al ejecutante anterior en la anotación, que pasará de forma automática a ser titularidad de tercero registral.

3. LÍMITES CUALITATIVOS ¿«LEGE FERENDA»?

No son ni la principal ley procedimental ni la legislación hipotecaria instrumentos idóneos para regular los efectos que puedan derivarse de la

(19) AAP Girona, de 17 de junio de 1994. Como pronunciamiento de contraste, otro de la misma Audiencia, de 25 de mayo de 1992, intentó sostener la tesis contraria.

(20) Cfr. artículo 570 LEC.

calidad de un crédito o derecho. Así se pronuncia de forma clara la propia Ley (art. 44 LH), aunque su remisión a lo dispuesto en el artículo 1.923 del Código Civil no es en la actualidad de gran utilidad al haber nacido posteriormente multitud de preferencias que se superponen a dicho orden (por poner sencillos ejemplos, las prelaciones de las deudas a favor de las comunidades de propietarios o la «singular» preferencia de los salarios *ex* art. 32 ET).

En este punto es necesario que se cumplan las previsiones prelegislativas. La reforma concursal en trámite parlamentario (21), aparte de regular las prelaciones de créditos y su consideración en situaciones de concurso, prevé la ulterior presentación de un texto proyectado que regule las preferencias de créditos fuera de ellas (22), es decir, en ejecuciones singulares, ley que está llamada, a su entrada en vigor, a sustituir los artículos 1.923 y concordantes del Código sustantivo, según las actuales necesidades de derecho material.

4. TERCERÍAS DE MEJOR DERECHO

Como mecanismo específico de las ejecuciones singulares, si se instan durante el procedimiento, no tienen por qué afectar a la subrogación que posibilita el artículo 659.3, toda vez que lo que éstas pretenden discernir de forma sumaria es una preferencia para el cobro en detrimento del ejecutante de ser estimadas.

Lo que debe constatarse es que el acreedor posterior que puede subrogarse lo hará de forma automática en la totalidad del crédito anotado, tanto en su cantidad como en la calidad o aspecto adjetivo del mismo. Dicho de otro modo, la situación del tercerista, la prevalencia o no de su crédito respecto del inscrito permanecerá inalterada. En relación al procedimiento que nace desde sus orígenes como instrumento idóneo para derogar la prioridad del embargante, sintéticamente regulado ahora en los artículos 614 a 620 de la LEC, puede interponerse desde que se haya embargado el bien si es especial, determinándose la fecha conforme al artículo 587 LEC en el caso de que no coincida la fecha de su anotación —que debería ser simultánea (art. 629.1)—, hasta que se entregue la suma realizada al ejecutante. Deberá dirigirse contra la persona que haya hecho uso de la subrogación solamente y también contra el ejecutante que haya cedido por imperativo legal su rango registral en los casos de que nuevamente —por ejemplo, vía mejora de embargo y garantías— haya afectado el mismo inmueble por su crédito minorado, independientemente de su orden registral lógicamente posterior.

(21) Vid. Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001.

(22) Disposición Final 30.^a del Anteproyecto de Ley Concursal.

Como enlace con el apartado que sigue, brevemente hacer hincapié en el carácter estático de las preferencias crediticias, o de la cualidad privilegiada o preferente de una deuda líquida, toda vez que necesita ser invocada formalmente para que surtan efecto dichas prerrogativas para el cobro en perjuicio de terceros (23). Al hilo de la cuestión, y en relación a los acreedores registrales con crédito debidamente anotado, se pronunció la RDGRN de 3 de abril de 1998 (24), que negó la virtualidad cancelatoria de un auto de un Juzgado de lo Social dictado en procedimiento de ejecución salarial en el que se invocó la superpreferencia del artículo 32.1 ET, en perjuicio de acreedores anteriores. Determinó la conocida Resolución que para que pueda hablarse de concurrencia de acreedores, siempre dentro de una ejecución singular, es necesario que el acreedor pretendidamente preferente acceda al proceso por vía de tercería (FD 4), siguiendo los trámites procesales pertinentes, y que la mera yuxtaposición sobre un mismo bien de embargos acordados en procedimientos distintos no implica concurrencia de créditos ni puede pretenderse que colisionen ni que por ello se resuelva por la relación de preferencia que potencialmente pueda haber entre los créditos subyacentes (principalmente, FFDD 5 y 6). Apeló, en definitiva, el Centro Directivo a la indefensión de los acreedores anteriores (25).

IV. ¿APLICACION SUBSIDIARIA EN EJECUCIONES SINGULARES DE NATURALEZA SALARIAL?

Sentada la vocación general de la Ley adjetiva civil respecto al orden jurisdiccional social (arts. 4 LEC y 235.1 y Disp. Ad. 1.^a-1 LPL), es preciso que hagamos una breve referencia en torno a la aplicabilidad del apartado 3 del referido precepto a las ejecuciones laborales y dentro de ellas, como máximo exponente, las de naturaleza salarial.

(23) «Una vez que se pone en marcha un proceso de ejecución [...] para la efectividad de un derecho de crédito, corresponde a los acreedores cuyo derecho sea preferente respecto al del ejecutante la carga de intervenir en el correspondiente procedimiento para hacer valer su preferencia antes de que aquél llegue a su fin mediante la entrega de las cantidades obtenidas o la adjudicación en pago de los bienes al acreedor ejecutante. En ningún caso se puede admitir la posibilidad de que el órgano judicial ejecutante pueda apreciar de oficio esa preferencia, ni siquiera en el caso de que le conste su existencia a la vista, por ejemplo, de una anotación posterior [...]» (RDGRN de 22 de noviembre de 1988).

(24) *BOE* de 5 de mayo de 1998.

(25) En sentido paralelo, el auto de la Sala de Mérito del TS, de 11 de diciembre de 1986, como la STS/Civ., de 23 de marzo de 1988, concluyeron diciendo que la cancelación de cargas no debe obtenerse nunca a espaldas de sus titulares, que deberán ser notificados del procedimiento de ejecución.

Para abordar la cuestión, así como su posible problemática, habida cuenta del carácter privilegiado de tales créditos, es necesario orillar en la transmisibilidad de los mismos, que pese a ser un debate de contenido principalmente sustantivo, incide en la temática comentada que rodea al 659.3.

Si un crédito considerado como derecho de contenido patrimonial, perfectamente disponible en nuestro tráfico jurídico, puede ser transmitido parcialmente en relación a su cuantía sin ningún género de duda, es decir, que admite parcialización (26); la cualidad del mismo, siquiera potencial, respecto de otros derechos de crédito, por definición de configuración legal como característica de todo privilegio —o prelación, en sentido más conciso y gráfico—, no puede ser modulada. Aunque pueda tratarse de una prerrogativa legal expectante o simplemente posible, puesto que necesita excitación de parte legítima para que pueda ser proyectada en detrimento de la concurrencia, como razonó la anteriormente comentada RDGRN de 3 de abril de 1998, lo cierto es que, accionada o no, es consustancial a la tipología del crédito en sí mismo considerado con independencia de la intervención de elementos subjetivos. Puede afirmarse, sin temor a demasiadas críticas, que la parcialización o mejor modulación de sus cualidades intrínsecas corresponde, para el caso concreto, al legislador y no a los operadores jurídicos. Un ejemplo vigente de ello lo constituye la subrogación a favor del Fondo de Garantía Salarial, una vez satisfecha la prestación (*ex arts. 33.4 ET y 30 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo*), cuantitativamente —sin entrar en cuestiones relativas a la imputación de pagos— hasta el límite de esta última y cualitativamente con el mismo privilegio o preferencia que ostentan los créditos laborales derivados de prestaciones salariales conforme al interdisciplinar artículo 32 ET.

Así las cosas, un acreedor posterior puede subrogarse en el derecho anotado con anterioridad conforme al 659.3 LEC. El problema o al menos la incomodidad reside en afirmar que este acreedor posterior puede hacer suyo un crédito con privilegio salarial y hacer suyas, una vez realizado el pago, prerrogativas legales que nunca, de no ser por ese mecanismo secundario, le corresponderían o tendría la posibilidad de accionar.

Muchos autores, a mi juicio con criterio, han defendido que la constancia o constatación en asiento registral de una prelación sustantiva no incrementa ni disminuye la eficacia propia de uno o de otra, puesto que el privilegio no es un derecho real que precise de la inscripción para alcanzar su eficacia (27). Si consta en el asiento de anotación de embargo la existencia, por ejemplo,

(26) Vid. artículo 1.212 del Código Civil. El crédito objeto de transmisión ha de ser el mismo, en toda su integridad, extensión y contenido (STS/Civ., de 13 de febrero de 1988).

(27) Así, RIVAS RORRALBA, R., *Preferencia de cobro...*, cit., pág. 495.

del superprivilegio del artículo 32.1 ET, deberán haberse respetado las formalidades preceptivas, ello entendido en el sentido de que acreedores anteriores a quienes pueda afectarles deberán ser oídos en el procedimiento que se accione. El precepto estudiado dispone que los acreedores posteriores *quedarán subrogados en los derechos del actor* —léase ejecutante— *hasta donde alcance el importe satisfecho*, es decir, el importe por el que se haya anotado el embargo, estableciendo así únicamente el límite cuantitativo, sin disponer nada sobre la calidad del crédito.

Tampoco en lo relativo a actos que produzcan transmisión de créditos con garantía salarial dicen nada nuestras leyes sustantivas. Hay que remontarse a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (art. 59.6) para encontrar una disposición obstativa a la transmisión del privilegio salarial junto con el crédito al que va asociado (28). Desde su derogación no hay base legal para su transmisión, y mucho menos en el caso estudiado puede hablarse del influjo de los artículos 3.5 ET ni 245 LPL, máxime cuando la subrogación tratada es una norma general contenida en la Ley adjetiva por excelencia.

JUAN MANUEL FONOLL PUEYO
 Doctorando en Derecho Procesal
 Universidad de Barcelona

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: «Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en *ADC*, I, 1995.
- ARNÁIZ RAMOS, R.: «La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: Su eficacia en la determinación respecto a titulares registrales posteriores a ella», en *RCDI*, 666, julio-agosto 2001.
- CACHÓN CADENAS, M.: «La ejecución dineraria: Disposiciones generales y embargo (Apuntes sobre algunos problemas prácticos)», en VV.AA., *La aplicación judicial de la nueva LEC* (director: Picó i Junoy), Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2002.
- DÍEZ PICAZO, I.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Madrid, 1996.
- DÍEZ SOTO, C. M.: «Los privilegios crediticios como mecanismo de protección del crédito», en AA.VV., *Preferencias de créditos*, CGPJ, CDJ, Madrid, 2000.
- FONOLL PUEYO, J. M.: «Cuestiones actuales sobre el privilegio salarial», en *La Ley*, núm. 5369, 6 de septiembre de 2001.
- «Algunas notas sobre la acumulación ejecutiva salarial después de más de un decenio», en *La Ley*, núm. 5410, 2 de noviembre de 2001.
- FRANCO ARIAS, J.: *El procedimiento de apremio*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1987.

(28) Vid. RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, Edit. Civitas, Madrid, 1984, cit., págs. 292 y sigs.

- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: «La subrogación real en las hipotecas y en el embargo», en *RCDI*, 649, noviembre-diciembre 1998.
- GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.: «El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el artículo 613.3 de la nueva LEC 1/2000», en *La Ley*, núm. 5488, 22 de febrero de 2002.
- GÓMEZ GALLIGO, F. J.: «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *RCDI*, 659, mayo-junio 2000.
- MARTÍN PASTOR, J.: *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- RÍOS SALMERÓN, B.: *Los privilegios del crédito salarial*, Edit. Civitas, Madrid, 1984.
- RIVAS TORRALBA, R.: «Preferencia de cobro y rango hipotecario», en VV.AA., *Preferencias de créditos*, CGPJ, CDJ, Madrid, 2000.
- SABATER SABATÉ, J. M.: «El procedimiento de apremio: Aspectos prácticos», en VV.AA., *La aplicación judicial de la nueva LEC* (director: Picó i Junoy), Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2002.
- SERRERA CONTRERAS, P. L.: «La anotación preventiva de embargo, ¿aún en ascensión?», en *RCDI*, 665, mayo-junio 2001.

Interpretación del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre los requisitos para acreditar la representación

SUMARIO: 1.º CONSIDERACION GENERAL DEL PRECEPTO.—2.º EL ARTICULO 98.2 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, EXIGE DOS REQUISITOS: LA RESEÑA Y EL JUICIO DE SUFICIENCIA, Y NO SOLO ESTE ULTIMO.—3.º INTERPRETACION DEL CONCEPTO DE RESEÑA.—4.º SIGNIFICADO DE LA «DACION DE FE» DEL ARTICULO 98.2 DE LA LEY 24/2001, Y DEL JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA.—5.º DIFERENTES EFECTOS DE LA ACTUACION NOTARIAL Y LA REGISTRAL.—6.º LA FINALIDAD DE LA NUEVA REGULACION DEL ARTICULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE.—7.º LA RESOLUCION DE CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 12 DE ABRIL DE 2002.—8.º RESOLUCIONES Y SENTENCIAS POSTERIORES.

El apartado 2 del artículo 98 de la Ley de Acompañamiento 24/2001, de 27 de diciembre, dentro de «las medidas sobre justificación de la representación», establece:

«2. La RESEÑA por el Notario del documento auténtico y SU VALORACION de la suficiencia de las facultades representativas HARAN FE suficiente, POR SI SOLAS, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario».

1.º CONSIDERACION GENERAL DEL PRECEPTO

Todo precepto del ordenamiento jurídico exige ser interpretado de forma que no lleve al absurdo, dadas las reglas lógicas de interpretación derivadas del principio de *reductio ad absurdum*. Por eso, cualquier interpretación del

citado artículo 98.2 de la Ley de Acompañamiento, que partiendo del mero sentido literal llevara a la conclusión de que el juicio o valoración de suficiencia notarial suponga una vinculación total y absoluta, resultante de la dación de fe notarial, para todos los órganos del Estado y para los poderdantes y terceros que no han intervenido en el acto, provocaría la derogación de bloques normativos enteros, pues ni siquiera los Jueces y Tribunales podrían entrar a conocer acerca de si la dación de fe notarial es o no adecuada en el caso concreto, y además, provocaría que el poderdante, sin haber sido oído y sin poder defenderse, quedara vinculado por un determinado juicio notarial de suficiencia.

Como la norma no va dirigida a un funcionario concreto, por ejemplo, a los Registradores de la Propiedad, la pretensión de que la dación de fe notarial sobre el juicio de suficiencia de las facultades representativas a que se refiere el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, fuera definitivamente vinculante, provocaría el absurdo de que no podría ser destruida ni siquiera por la prueba en contrario ante los Tribunales. Y produciría una drástica reducción no sólo de las competencias de calificación de los Registradores en materia de representación, sino también de Jueces, Abogados del Estado, Inspectores de Hacienda y de la Seguridad Social, Recaudadores, Registradores de la Propiedad Mobiliaria, Industrial e Intelectual, Jueces encargados del Registro Civil, encargados de los Registros de Asociaciones, Fundaciones, Entidades Urbanísticas, etc.

Como se ha dicho acertada y gráficamente, ello daría lugar a un verdadero «terremoto legislativo», esto es, la derogación tácita de las disposiciones correspondientes a todos esos bloques normativos procesales o administrativos.

Esta primera consideración determina ya de entrada, conforme a los cánones lógico y sistemático de la interpretación de las normas dentro del ordenamiento jurídico, la necesidad de buscar otra interpretación del artículo 98.2 que sea más acorde con el ordenamiento jurídico en general.

Ante todo, el artículo 18.1.º de la LH continúa vigente sobre la necesidad del requisito de la calificación registral de los poderes por parte de los Registradores para poder practicar válidamente un asiento, porque la Ley de Acompañamiento, Ley 24/2001, de 27 de diciembre, no lo ha derogado, sino todo lo contrario, le ha mantenido y le ha añadido otros párrafos, respetando, en todo caso, los «principios de la legislación registral» (cfr. art. 112.2 de la propia Ley de Acompañamiento).

Ello significa que la interpretación del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, ha de dirigirse a la compatibilidad con otro precepto del ordenamiento jurídico que es el citado artículo 18.1.º de la LH.

Pues bien, partiendo de estas consideraciones elementales que han de primar en toda interpretación de un precepto dentro del ordenamiento jurídico en general, daremos los siguientes pasos para la inteligencia adecuada del

artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, analizando adecuadamente todos sus términos.

2.º EL ARTICULO 98.2 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, EXIGE DOS REQUISITOS, LA RESEÑA Y EL JUICIO DE SUFICIENCIA, Y NO SOLO ESTE ULTIMO

Uno de los errores que hay que evitar en la interpretación del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, es pretender que el único requisito exigido por el precepto para acreditar la representación es el juicio notarial de suficiencia.

Contra esa pretendida interpretación está el texto claro y literal del precepto, que exige que existan dos requisitos para acreditar la representación, y no sólo el juicio de suficiencia, pues el precepto dice claramente que los dos requisitos son «POR SI SOLOS», expresión esta EN PLURAL y no en singular, que significa que no basta el juicio notarial de suficiencia, sino que se requiere también la RESEÑA como requisito necesario para acreditar la representación.

Se trata de dos requisitos: la reseña y el juicio notarial de suficiencia, y no sólo este último. Veámoslos por separado.

3.º INTERPRETACION DEL CONCEPTO DE RESEÑA

Después de la Constitución de 1978, todos los preceptos del ordenamiento han de ser interpretados siguiendo el criterio de que no se opongan a lo que resulta de la Constitución.

Pues bien, la única interpretación constitucional posible del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, es la que parte del concepto de «reseña» como «narración sucinta de los hechos que sirven de motivación y fundamento al juicio notarial de suficiencia».

Todos los funcionarios públicos, y el Notario también lo es, han de actuar en sus actos realizando una motivación suficiente de los mismos. No puede realizar un juicio de suficiencia sin motivación alguna. Lo impide el artículo 9 de la Constitución, al establecer la interdicción de la arbitrariedad.

El artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable a todos los procedimientos de los órganos de la Administración Pública, exige que se establezca la motivación de los actos de los funcionarios públicos a través de una sucinta relación de hechos y fundamentos de derecho, de todos aquellos actos que afecten a derechos e intereses legítimos, entre los cuales se encuentran también los de la representación de los poderdantes que no han comparecido en el acto.

Esto significa que el requisito de la «reseña» del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, conforme al significado de la Real Academia, relativo a una «narración sucinta» y conforme al significado constitucional del artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992, de 27 de diciembre, no puede referirse exclusivamente a los datos de la fecha de la escritura de poder que el Notario tiene a la vista, sino que ha de incluir una transcripción o relación suficiente de las facultades representativas que aparezcan en la escritura de poder como MOTIVACION SUFICIENTE por tratarse de hechos en los que después ha de basarse el juicio notarial de suficiencia.

La motivación no puede referirse a frases que sean «comodines», sino que ha de incluir los «hechos» en concreto, tal como resulten de la escritura de poder, es decir, las facultades representativas tomadas directamente del propio poder.

En consecuencia, la reseña exige expresar en la escritura, las facultades representativas tomadas del poder en cuestión, como HECHOS resultantes del propio poder, y no como «juicios» o «interpretaciones» del Notario, pues en otro caso se confundiría y mezclaría la «reseña de hechos» con el «juicio de las facultades», que son requisitos diferentes.

En conclusión, respecto a la interpretación de esa palabra del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, RESEÑA, ha de observarse que es criterio de interpretación, si admite varias, que ha de seguirse, en primer lugar, una interpretación «constitucional», y en segundo lugar, una interpretación coherente con el resto del ordenamiento jurídico (interpretación lógica y sistemática).

En definitiva, hay que partir de que la naturaleza de la actuación notarial o es jurisdicción voluntaria similar a la de los Jueces, o es administrativa, como la de los funcionarios públicos administrativos. Tanto para unos como para otros, es decir, para la totalidad de los procedimientos, las Resoluciones han de ser «motivadas». Las de las Resoluciones judiciales, porque lo exige expresamente la Constitución. Y las de las Resoluciones administrativas porque así resulta de los principios constitucionales de evitar la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica de los ciudadanos, viniendo recogida expresamente también en el artículo 54.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el presente caso, afecta a los derechos del poderdante, del apoderado y del otro contratante.

Si el acto o juicio de valoración de la suficiencia de la representación, es decir, la Resolución notarial ha de ser «motivada» por exigencias de interpretación constitucional, la reseña ha de ser, según hemos visto, una «narración» de los hechos y fundamentos de derecho, en forma sucinta, que permitan la motivación del juicio notarial de suficiencia, y eso sólo se produce a través de una «reseña» de las facultades representativas que consten en el poder para

deducir de ellas la motivación, que tiene como finalidades la defensa de los interesados y el control de los actos del Notario en ulteriores vías, sean las de los recursos gubernativos o jurisdiccionales.

Y se confirma ese concepto de reseña, incluso más pormenorizada todavía cuando lo exige una Ley, por el apartado 3 del artículo 98 de la propia Ley 24/2001, en el que se llega al mismo resultado, pues en él se prevé que se unan a la matriz, original o por testimonio, LOS DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS DE LA MISMA, «cuando así lo exija la ley», y en «los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita».

4.º SIGNIFICADO DE LA «DACION DE FE» DEL ARTICULO 98.2 DE LA LEY 24/2001 Y DEL JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA

La RESEÑA, interpretada en la forma indicada, y el juicio notarial de valoración de la suficiencia, HARAN FE POR SI SOLAS de la representación acreditada bajo la responsabilidad del Notario. Así lo dice el artículo 98.2 de la Ley 24/2001.

¿Qué significa en este precepto HARAN FE POR SI SOLAS?

Ante todo, conforme a lo ya indicado, hacen fe AMBAS ACTUACIONES, es decir, la RESEÑA Y EL JUICIO DE SUFICIENCIA, y no sólo el juicio de suficiencia notarial, por lo que la reseña es un elemento fundamental para que «haga fe».

¿Y qué significa en este apartado HARAN FE?

La dación de fe notarial tiene varios grados y varios significados en el ordenamiento vigente.

Hay una dación de fe como prueba plena que sólo puede desvirtuarse por la querrela de falsedad. Esta dación de fe es la que determina las presunciones de veracidad y de integridad, y se refiere a LOS HECHOS QUE EL NOTARIO PERCIBE POR LOS SENTIDOS, pues sólo los hechos pueden ser veraces o falsos, y sólo los hechos percibidos por los sentidos pueden ser impugnados por falsedad. A ellos se refiere concretamente el apartado a) del artículo 1.º del Reglamento Notarial: «Como funcionarios (los Notarios) ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos».

En cambio, los JUICIOS de cualquier funcionario no son incontrovertibles, y desde luego no cabe respecto a los mismos la querrela de falsedad, sino la querrela por prevaricación, que da lugar a una responsabilidad penal diferente. El valor probatorio de ese juicio es el que resulte de los distintos

medios de prueba en el procedimiento correspondiente en que se plantee, sea judicial, registral o administrativo.

El juicio no puede tener un valor VINCULANTE absoluto para otros procedimientos, porque, como un precepto no se dirige exclusivamente al valor respecto a un determinado funcionario (el Registrador), ya que la Ley no distingue, si tuviera valor de vinculación absoluta, supondría la derogación de preceptos enteros del ordenamiento, y cambiaría totalmente los diferentes procedimientos judiciales y administrativos sobre la prueba. Tampoco puede significar una VINCULACION ABSOLUTA PARA EL PODERDANTE y LOS TERCEROS, pues ambos quedarían en completa indefensión, al no haber intervenido en el acto notarial de dación de fe.

Por tanto, el JUICIO NOTARIAL no puede implicar VINCULACION ABSOLUTA.

Entonces ¿qué significado tiene?

Puede significar dos cosas:

- O bien significa que el Notario DA FE DE SU PROPIO JUICIO, es decir, da fe de haber realizado un juicio de valoración de suficiencia de la representación, con las consecuencias de responsabilidad inherentes al mismo, y con las consecuencias de aportación de prueba —no irrefutable— en los procedimientos judiciales y administrativos. Apoya esta conclusión que el artículo 17.bis.2 de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, se refiere expresamente a que el «Notario DARA FE DE QUE, A SU JUICIO (los otorgantes) TIENEN CAPACIDAD Y LEGITIMACION». No da fe directamente de la capacidad y legitimación, pues no son hechos incontrovertibles, sino que da fe QUE A SU JUICIO tienen capacidad y legitimación.
- O bien podría tener, a lo sumo, el valor de UNA PRESUNCION. Ahora bien, las presunciones son LEGALES, es decir, no se presumen, y sólo se admiten las expresamente establecidas con tal carácter (cfr. art. 385.1 LEC). En ninguna Ley, ni tampoco en la Ley del Notariado, reformada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, hay PRESUNCION DE LEGALIDAD NI DE LEGITIMACION NI DE SALVAGUARDA DE LOS TRIBUNALES, respecto al juicio del Notario, sino únicamente presunción de veracidad de los hechos y presunción de integridad de las declaraciones respecto a otros posibles documentos (cfr. art. 17.bis.2 de la Ley del Notariado citado, y art. 319.1 LEC).

Por otro lado, las presunciones son siempre SUBSIDIARIAS, según interpretación jurisprudencial, en el sentido de que sólo cabe acudir a las mismas, cuando no resulte probado directamente el hecho a que las mismas se refieren, y es claro que con la interpretación de reseña anteriormente apuntada, la

dación de fe recoge los elementos suficientes para que en el procedimiento correspondiente se puedan comprobar los extremos de la representación.

Y en tercer lugar, y como consecuencia del carácter anterior, las presunciones son DESVIRTUABLES por la prueba en contrario (cfr. art. 385.3 LEC). Ahora bien, a través de la reseña motivada, puede comprobarse en el procedimiento correspondiente en el que se aporte el juicio notarial (sea registral, administrativo o judicial), si la presunción concuerda o no con los hechos.

Así, por ejemplo, respecto a TODOS LOS JUICIOS DEL NOTARIO, a diferencia de los hechos perceptibles por los sentidos, cabe su desvirtuación en cualquier procedimiento en que se planteen, y concretamente también en el registral:

- El juicio de capacidad se desvirtúa si de la propia escritura o del Registro resulta que el Notario dice que una persona tiene capacidad, a su juicio, y resulta de la propia escritura que es menor de edad y según la Ley no tiene capacidad. O bien, que el Notario dice que, a su juicio, tiene capacidad y resulta del Registro que está incapacitado y nombrado tutor.
- El juicio de identidad se desvirtúa si habiendo dado fe el Notario de la identidad de los otorgantes, resulta que en el Registro figura con los mismos nombres y apellidos pero con un Documento Nacional de Identidad diferente, o casado con otra persona de nombre diferente, lo cual requiere la correspondiente aclaración complementaria.
- El juicio de legitimación o de representación del Notario se desvirtúa cuando el Notario da fe de que, a su juicio, tienen legitimación o facultades suficientes representativas, y resulta de la reseña de los hechos, es decir, de la parte transcrita del poder, que el apoderado carece de facultades suficientes para el acto otorgado, porque en el poder consta un poder para vender y segregar y resulta que el acto es de constituir hipotecas, por ejemplo.
- En todos los casos, la desvirtuación de la presunción resulta de los datos que se tienen en cuenta en el propio procedimiento de que se trate.

5.º DIFERENTES EFECTOS DE LA ACTUACION NOTARIAL Y LA REGISTRAL

A lo dicho anteriormente, ha de unirse el distinto efecto de la dación de fe notarial y de la inscripción registral, que dan lugar a la exigencia de los dos requisitos previstos por el ordenamiento: el juicio notarial de suficiencia, junto a la reseña, para la formalización de la escritura; y el juicio del Regis-

trador o control de legalidad registral derivado de la calificación, como requisito imprescindible para que se pueda practicar cualquier asiento registral.

La dación de fe notarial se refiere a la FORMA del acto; y en cambio, la inscripción registral se refiere a la PUBLICIDAD, que es cuestión completamente diferente.

La FORMA es el modo de exteriorización de las declaraciones de voluntad del acto o negocio jurídico (arts. 1.278 a 1.280 del Código Civil).

En cambio, la PUBLICIDAD REGISTRAL es la exteriorización de los derechos reales inmobiliarios y demás situaciones jurídicas registradas a través del asiento registral (arts. 605 a 608 del Código Civil).

La dación de fe notarial se refiere a los actos entre las partes contratantes. En cambio, la calificación registral como requisito del asiento registral y de la publicidad *erga omnes* que éste genera, se refiere a los efectos respecto a terceros.

La actuación notarial se refiere a la PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES, en cambio, la PUBLICIDAD REGISTRAL DE LOS ASIENTOS se refiere a la Oponibilidad de los derechos reales respecto a terceros.

La prueba de las obligaciones del documento público se refiere exclusivamente al hecho del otorgamiento y a su fecha, y respecto a terceros sigue tratándose de una cuestión de PRUEBA DE OBLIGACIONES, no de derechos reales inmobiliarios, pues la Oponibilidad y la PRUEBA DE ESTOS RESPECTO A TERCEROS se produce a través de la inscripción, lo que requiere la previa CALIFICACION REGISTRAL como requisito de forma ineludible del asiento (cfr. art. 18.1.º LH incluido en el Título II titulado «DE LA FORMA y efectos de la inscripción»).

Por tanto, los ámbitos y efectos de la forma notarial y de la publicidad registral son diferentes, y de ahí que sea perfectamente compatible que, una vez apreciada por el Notario la suficiencia de la representación, en su caso, se precise el juicio o control de la calificación registral para determinar si a efectos de la práctica del asiento registral, dicho juicio, teniendo en cuenta la reseña de hechos realizada por el Notario, es suficiente a efectos de la publicidad registral, sin perjuicio de los recursos existentes contra la misma.

6.º LA FINALIDAD DE LA NUEVA REGULACION DEL ARTICULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE

Del mismo modo que la lógica constitucional e interpretativa impide que se pueda atribuir al artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, una configuración vinculante del juicio notarial de suficiencia, por sí solo, también hay que reconocer que no cabe considerar un precepto como totalmente

inútil, y de ahí que haya que dar algún sentido a la nueva regulación del artículo 98.2.

¿Y cuál es la finalidad de la nueva regulación legal? No cabe duda de que es la resultante de su propio tenor. Si el precepto exige que el Notario, además de la reseña, realice un juicio notarial de suficiencia que acredite la representación, la finalidad del precepto es evitar en lo sucesivo la práctica frecuente de formalizar las escrituras públicas con mandatarios verbales y pendientes de ratificación, que tanta inseguridad jurídica creaban para los otorgantes, pues dejaban pendiente de eficacia un negocio jurídico a pesar de haber sido otorgado ante un funcionario público.

El juicio notarial de suficiencia, previa la reseña de las facultades interpretativas, impedirá que se utilice la práctica viciosa de las representaciones no acreditadas y pendientes de ratificación. Bien está que en casos de urgencia se utilicen otro tipo de documentos, como podrían ser los privados, para dar salida a situaciones de ese tipo, pero lo que la Ley pretende evitar es que se prodiguen situaciones ineficaces susceptibles de crear inseguridades a pesar de haberse utilizado la dación de fe notarial.

Eso es nada más y nada menos lo que prevé el artículo 98.2 de la Ley: la obligación del Notario, bajo su responsabilidad, de realizar siempre un juicio o valoración de suficiencia de la representación, lo que excluye precisamente los supuestos en que dicha representación no está acreditada ante el mismo.

7.º LA RESOLUCION DE CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 12 DE ABRIL DE 2002

Esta Resolución, que constituye una disposición general vinculante para Notarios y Registradores y no sólo para estos últimos, parte de las ideas anteriormente expuestas, por lo que su interpretación se acomoda perfectamente a los criterios interpretativos resultantes del artículo 3.º del Código Civil y de la Constitución, en el sentido de exigir los dos requisitos, reseña y juicio notarial de suficiencia, y no sólo este último para que pueda entenderse acreditada la representación.

Y además, hace una interpretación coordinada del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, con el artículo 18.1.º de la LH, reconociendo las funciones notarial y registral, cada una en su ámbito propio, en relación con la representación.

La citada Resolución bien claramente dice que «la reseña identificativa» del documento mediante el que se acredite la representación habrá de consistir en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico

que se haya exhibido, y EN UNA RELACION O TRANSCRIPCION SOME-RA PERO SUFICIENTE DE LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS».

Y dice que ello es «PARA QUE EL REGISTRADOR EJERZA SU FUNCION CALIFICADORA Y PUEDA COMPROBAR LA ADECUACION DE LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS AL NEGOCIO OTORGADO CUYA INSCRIPCION SE PRETENDE» (Fundamento 8 de la Resolución de 12 de abril de 2002). Y precisamente por tal razón, el Notario ha de indicar «LAS FACULTADES DE REPRESENTACION, LA SUFICIENCIA, EL AMBITO O EXTENSION DE ESTAS Y LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ACREDITEN LA SUBSISTENCIA DE LAS MISMAS (Fundamento 5 en párrafo antepenúltimo).

Y añade también que «DE AHI QUE EN MATERIA REPRESENTATIVA, EL REGISTRADOR DEBA SEGUIR REALIZANDO SU FUNCION CALIFICADORA, COMO DEMUESTRA EL ARTICULO 18 DE LA LEY HIPOTECARIA, CUYO TENOR LITERAL PERMANECE INVARIABLE TRAS LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 24/2001». Debiendo resultar de la escritura «los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir» (Fundamento 5 citado).

8.º RESOLUCIONES Y SENTENCIAS POSTERIORES

A pesar de esta equilibrada Resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, con la finalidad de resolver una consulta de carácter general, vinculante para Notarios y Registradores, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 24/2002, de 27 de diciembre, en la que fueron parte el Consejo General del Notariado, como solicitante de la consulta, y el Colegio Nacional de Registradores, en trámite de alegaciones, lo cierto es que a los pocos días de la misma fueron apareciendo otras Resoluciones de la propia Dirección General en recursos gubernativos en los que no fueron parte dichos cuerpos, y que son contradictorias con la doctrina mantenida en aquella Resolución de carácter general o de consulta vinculante.

Es el caso de las Resoluciones de la propia DGRN de fechas 23 y 26 de marzo y 3 y 21 de abril y 8 de noviembre de 2002, dictadas en sendos recursos gubernativos. Una posición diferente mantiene la Resolución de 30 de septiembre de 2002, que resuelve otro recurso gubernativo en forma totalmente contraria a las anteriores acerca del mismo supuesto de hecho.

Estas contradicciones han sido reconocidas por la misma Dirección General en varias Resoluciones de recursos de queja planteadas por Notarios contra Registradores de la Propiedad que habían extendido notas de calificación negativa en materia de poderes, entre ellas, la Resolución de 17 de

diciembre de 2002, rectificada por la de 28 de marzo de 2003, que dice, a este propósito:

«Por cuanto antecede, dado que el juicio notarial de suficiencia se ajusta a las Resoluciones de 23, 26 y 27 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002, pero no a la de 30 de septiembre de este mismo año, y dadas las dificultades que ha suscitado la recta interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, como lo demuestra la gran cantidad de recursos planteados y la clarificación que ha significado la Resolución de 30 de septiembre de 2002, procede archivar la denuncia».

Incluso las Resoluciones de la DGRN de 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002, en sus respectivos Fundamentos de Derecho 3, dan por superada la doctrina de las Resoluciones de 23 y 26 de marzo y 3 y 21 de abril de 2002.

La Resolución de 30 de septiembre de 2002 señala que no basta que el Notario se limite «a expresar lacónicamente el juicio de suficiencia de las facultades representativas (vgr... “para el otorgamiento de esta escritura...” o expresiones análogas) sin una referencia concreta a la razón o razones en que se basa su apreciación», lo que «impide al Registrador el ejercicio de su función calificadora, al no poder éste comprobar si existe armonía o coherencia entre la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas y el contenido de la escritura».

Por tanto, la Resolución de 30 de septiembre de 2002 contradice la doctrina de las Resoluciones de 23 y 26 de marzo y 3 y 21 de abril de 2002.

Estas Resoluciones de 23 y 26 de marzo y 3 y 21 de abril de 2002, incluso la de 8 de noviembre de 2002, incurren en lo que los Manuales de Lógica denominan «la falacia de la petición de principio», que es «cuando para probar una proposición se toma ella como premisa, es decir, se toma por principio la conclusión que se ha de probar».

Efectivamente, según dichas Resoluciones, de la mera afirmación de una premisa menor, que es la afirmación de que el negocio documentado se denomina compraventa o crédito hipotecario, hay que presumir o deducir la premisa mayor, es decir, que el apoderado tiene facultades para otorgar una escritura de compraventa o de crédito hipotecario.

El juicio lógico de suficiencia de las facultades representativas se construye sobre la base de una premisa mayor, que es la de que el poder contiene facultades para vender; una premisa menor, que es que el apoderado en un acto concreto realiza una compraventa; y una conclusión, derivada de las premisas mayor y menor, que es la de que el apoderado tiene facultades para realizar esa concreta escritura de compraventa.

Pues bien, dichas Resoluciones señalan que de la afirmación de la premisa menor hay que deducir: la conclusión, esto es, que el compareciente

está facultado para celebrar el negocio documentado; y de la premisa menor hay que deducir la premisa mayor, esto es, que el compareciente estaba facultado genéricamente para concertar compraventas o créditos hipotecarios.

Esta petición de principio en que incurren las citadas Resoluciones contradice lo que resulta de la Resolución de consulta vinculante, de 12 de marzo de 2002, que separa perfectamente la reseña y el juicio de suficiencia, y distingue perfectamente las premisas mayor, menor y conclusión, a efectos de la realización de la calificación registral.

Por otra parte, la Dirección General ha dado lugar a numerosas Resoluciones «presuntas» confirmatorias de la calificación registral que había considerado insuficiente la reseña hecha por el Notario de las facultades representativas.

Ultimamente, en medio de esta enorme «Torre de Babel», y con ocasión de esas otras Resoluciones presuntas de la propia DGRN, se han producido impugnaciones planteadas por Notarios contra las mismas, que han dado lugar a su vez a varias decisiones judiciales de distinto signo. Así, una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria, de fecha 31 de marzo de 2003, y una sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 30 de junio de 2003 (que revoca una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid), actualmente en trámite de recurso de casación contra ella ante el Tribunal Supremo, se inclinan por la interpretación dada por las citadas Resoluciones de la DGRN, de 23 y 26 de marzo y 3 y 21 de abril y 8 de noviembre de 2002.

En cambio, las sentencias dictadas por los Juzgados de las capitales de provincia de Alicante, de 27 de marzo de 2003, y de Palma de Mallorca, de 19 de mayo de 2003, se inclinan por mantener la calificación registral de los poderes, estando actualmente en trámite de apelación.

Así, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Alicante, de fecha 27 de marzo de 2003, confirma que son necesarios dos requisitos, reseña y juicio de suficiencia, para acreditar la representación, y no sólo el último de ellos.

Y confirma también el concepto de reseña como relación o transcripción suficiente de las facultades representativas, sin que basten fórmulas esterotipadas o que sean repetitivas y simple «comodines», sino que por el contrario, han de incluir las facultades representativas en cada caso, tal como resulten de las escrituras de poder, para que el Registrador las pueda calificar, y no se haga «imposible de facto» la función calificadora.

La sentencia es bien expresiva sobre esta cuestión, y la resuelve acertadamente, partiendo de la necesaria calificación registral en materia de poderes, conforme al vigente artículo 18.1.º LH y a lo que estableció la Resolución de la DGRN de consulta vinculante, de 12 de abril de 2002, y en contra de

lo que luego pretendieron las Resoluciones de la propia DGRN, de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002.

Concretamente, en el FUNDAMENTO DE DERECHO cuarto de dicha sentencia, se dice:

«Ahora bien, la claridad de los pronunciamientos contenidos en la RESOLUCION comentada ha venido siendo cuestionada por la propia DGRN, que en sucesivas Resoluciones de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002 parece, por así decirlo, querer desvincularse de aquéllos, desdibujando, hasta prácticamente suprimir, las respectivas exigencias de la reseña identificativa y del juicio de suficiencia.

En efecto, aunque en dichas Resoluciones se comienza por asumir la diferencia LEGALMENTE CONTEMPLADA entre la inserción de la reseña identificativa —que podrá CONSISTIR en una referencia o relación de las FACULTADES representativas o en una TRANSCRIPCION somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso— y la expresión del juicio de suficiencia —recomendando RECHAZAR expresiones lacónicas sin una referencia concreta a la razón o razones en que el Notario basa su APRECIACION, debiendo hacerlo por referencia expresa a su CONTENIDO en congruencia con el de la escritura que autoriza— sin embargo, se admitió que el juicio notarial de SUFICIENCIA de las facultades representativas se emitiera en relación SIMPLEMENTE con el otorgamiento de la escritura que previamente era calificada conforme al ARTICULO 156.9.º del Reglamento Notarial, adverbando expresiones como LA DE... “COPIA autorizada del referido poder he tenido a la vista y JUZGO, bajo mi RESPONSABILIDAD, con facultades representativas suficientes para el acto o contrato que se instrumenta en esta escritura”, similar a la empleada por el Notario demandante en el caso que nos OCUPA... “Copias autorizadas de referidas escrituras he tenido a la VISTA, y JUZGO bastante para este ACTO”.

Con esta reinterpretación del artículo 98, la DGRN en realidad transforma lo que eran dos exigencias en una sola, pues la reseña de las FACULTADES pierde autonomía respecto del juicio de SUFICIENCIA y aquella y ESTE se funden en una sola PROPOSICION pretendidamente apodíctica QUE, ADEMÁS, ha de complementarse con la remisión a la calificación del acto efectuada por el Notario al inicio del otorgamiento. De seguir esta TESIS, BASTARÍA con la previa calificación de la escritura para que con una fórmula genérica y sacramental como las descritas —de indiscutible eficacia UNIVERSAL por cuanto sirve POTENCIALMENTE para cualquier escritura con independencia de su contenido— se ESTIMARAN cumplidas las exigencias del precepto en cuestión, IMPIDIENDO, de FACTO, el ejercicio de la FUNCION CALIFICADORA, que en materia de capacidad de los OTORGANTES impone al Registrador el vigente ARTICULO 18 de la LH, que quedaría en este extremo vacío de CONTENIDO».

Y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Palma de Mallorca, de fecha 19 de mayo de 2003, entiende que no basta que el Notario haga constar que a su juicio tienen los otorgantes capacidad legal necesaria para formalizar esta escritura de préstamo hipotecario, «pues el Notario debió hacer una transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas de los apoderados, y que por no hacerlo, infringió lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y la Resolución de 12 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación del referido artículo, respecto de los títulos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles».

Estas dos últimas sentencias contienen la doctrina adecuada, porque resuelven esta cuestión tan polémica acerca de la interpretación del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, con arreglo a los criterios interpretativos que aquí se aceptan en estas notas, en las que, en definitiva, se parte de la distinción entre los conceptos de reseña y juicio notarial de suficiencia, como conceptos diferentes que no se pueden mezclar ni confundir, sino delimitar conforme a los postulados anteriormente indicados, de acuerdo con los criterios interpretativos constitucionales y del artículo 3 del Código Civil.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Figueres

Sobre la calificación de los poderes tras el artículo 98 de la Ley 24/2001

SUMARIO: 1. EL ARTICULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE.— 2. LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN: 2.1. LA CONSULTA VINCULANTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO Y LA RDGRN, DE 12 DE ABRIL 2002. 2.2. LAS RESOLUCIONES DE 23 DE ABRIL, 26 DE ABRIL, 3 DE MAYO, 21 DE MAYO, Y 8 DE NOVIEMBRE DE 2002. 2.3. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002.—3. LA SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2003 DEL JPI NUMERO 1 DE VALLADOLID.—4. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID, DE 30 DE JUNIO DE 2003.—5. LA SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2003 DEL JPI NUMERO 2 DE ALICANTE.—6. LA SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2003 DEL JPI NUMERO 6 DE VITORIA.—7. CONCLUSION.

1. EL ARTICULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE

El motivo de este estudio lo constituye el debate relativo a la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, que se ha suscitado entre los cualificados profesionales a los que se dirige y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por ser el referido precepto el objeto de estudio, considero de interés su transcripción:

«1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una *reseña identificativa* del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación *alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas* acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. 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 representación del Notario.

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la Ley y podrán serlo aquellos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita».

En términos directos son dos las cuestiones que plantean dudas interpretativas: *a)* cómo debe ser redactada la reseña de facultades a que se refiere el artículo 98.1, y *b)* si tras este precepto son o no inscribibles en el Registro de la Propiedad, por sí solas, las escrituras públicas en las que la representación acreditada mediante documento auténtico es reseñada por el Notario y valorada por éste, bajo su responsabilidad, como suficiente, sin necesidad de acompañar, unir, transcribir o testimoniar a las escrituras el título del que resulte la representación.

Es claro que, siendo estos últimos los extremos más exactos de los que resulta el problema, la controversia ha trascendido el estricto ámbito notarial, puesto que la interpretación que se dé al precepto puede afectar al desempeño de la función de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en concreto al cumplimiento de su deber de calificar *ex* artículo 18 LH. Y es por ello que ha determinado una serie relativamente elevada de Resoluciones de la DGRN durante el pasado año 2002, y, por ahora, dos sentencias de Juzgado de Primera Instancia.

2. LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

Como se ha indicado, hasta la fecha y desde el mes de abril del pasado año, la DGRN ha tenido oportunidad de dictar, salvo error u omisión por mi parte, ocho Resoluciones en las que la cuestión de fondo estaba relacionada con el citado artículo 98. A su análisis se dedican los siguientes epígrafes:

2.1. LA CONSULTA VINCULANTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO Y LA RDGRN, DE 12 DE ABRIL DE 2002

La Resolución de mayor trascendencia y que, en (y por) principio, debiera haber tenido la virtud de cerrar las dudas interpretativas sobre el referido artículo es la de 12 de abril de 2002.

La razón de la Resolución se encontraba en la consulta vinculante que el Consejo General del Notariado formuló a la DGRN relativa a su criterio «sobre el ámbito de aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, respecto de

los títulos inscribibles cuando éstos contengan un juicio notarial de suficiencia de representación o apoderamiento por parte del Notario; específicamente si —no obstante el mandato legal contenido en el apartado 2 del art. 98— los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles pueden exigir que las escrituras públicas contengan la transcripción de los documentos que se hayan aportado para acreditar la representación alegada», o si, por el contrario, «conforme al artículo 98 citado, basta al efecto con que el Notario haga constar la suficiencia de las facultades representativas bajo su responsabilidad sin necesidad de transcribir aquellos documentos ni aportarlos».

Planteada la cuestión en términos breves: a la DGRN se le solicitaba que decidiera si conforme al referido artículo 98, las escrituras públicas en las que el Notario reseña que la representación le ha sido acreditada mediante documento auténtico y la valora, bajo su responsabilidad, como suficiente, son o no inscribibles, por sí solas, sin necesidad de acompañar a las escrituras o unir, transcribir o testimoniar a las mismas dicho documento representativo.

A los efectos de subrayar la importancia de esta Resolución, así como de contrastarla con los hechos posteriores a la misma, entiendo oportuno recordar el texto literal del párrafo 2 del artículo 103 de la Ley 24/2001 y del párrafo 10 del artículo 327 LH.

En virtud del primero: «2. Las consultas evacuadas de conformidad con lo dispuesto en este artículo serán vinculantes para todos los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, quienes deberán ajustar la interpretación y aplicación que hagan del ordenamiento a las mismas».

Mientras que por el segundo se dispone que «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...».

El punto de partida de la Resolución lo constituye el estudio del ya citado artículo 98.2. La DGRN, para su interpretación, considera necesario recordar que: no se ha de confundir, sino entender como distinto, el ámbito y efectos de la escritura pública del propio de los asientos del Registro. Y así, «mientras que la primera atañe a la forma del negocio jurídico, los segundos atienden a la publicidad de los derechos reales que en su caso se pueden haber creado en virtud del mismo y sus efectos frente a terceros adquirentes. De ahí que no siempre y necesariamente hayan de coincidir los requisitos exigidos por la legislación notarial para la redacción de las escrituras con los requisitos impuestos por la legislación hipotecaria para practicar la inscripción».

En consecuencia, y por lo que respecta a esta última legislación, subraya que el artículo 18 LH, «al regular la calificación registral, no predetermina el contenido de la escritura pública, sino que éste viene definido por la legislación notarial (cfr. art. 1.217 del Código Civil). Pero los requisitos para que

el derecho constituido en virtud de la misma sea inscribible en el Registro si son establecidos por la legislación hipotecaria».

Por lo que el parecer de la DGRN relativo al artículo 98.2 es que éste debe encuadrarse en el ámbito de redacción de las escrituras públicas, precepto «que debe interpretarse en relación con el contexto de la Ley (cfr. art. 3.1 del Código Civil) que no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en ese esquema desarrollan sus protagonistas. En este sentido, aunque la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, lo hace sin merma de la función calificadora de los Registradores» (F.J. 3, último párrafo).

Es evidente que el peso del razonamiento se halla en la consideración del sistema de seguridad jurídica preventiva vigente en nuestro Ordenamiento, pues constituye su contexto.

La seguridad que ofrece este sistema se sustenta en dos apoyos: De un lado, la fe pública que se atribuye a determinadas declaraciones o narraciones del Notario autorizante respecto de ciertos hechos y manifestaciones negociales, entre ellas —y por lo que interesa a este estudio— la DGRN señala expresamente el juicio relativo a la capacidad natural y jurídica, que «reviste una especial certidumbre que alcanza rango de fuerte presunción *iuris tantum*, de modo que vincula *erga omnes* y obliga a pasar por ella, en tanto no sea revisada judicialmente con base en una prueba contraria que no deberá dejar margen racional de duda, unida a la presunción *iuris tantum*, de validez e integridad de la escritura». Ambas presunciones «operan combinadamente para producir los efectos que le son propios y, entre ellos, la inscribibilidad en los Registros Públicos».

Expresamente se hace constar en la Resolución la vigencia de las anteriores consideraciones tras la reforma que introduce el artículo 98 al juicio de suficiencia de las facultades representativas, «lo cual es razonable, pues no se entendería con facilidad que la fe pública abarcara, lo más, la capacidad y legitimación del otorgante, y no fuera suficiente para abarcar la capacidad y legitimación de su representante».

El segundo de los apoyos lo constituye la fe pública derivada de la inscripción en el Registro de un derecho real, pues le dota de plenitud de efectos (así *ex art. 1 y 38 LH*). Fe y efectos que resultan «del juicio añadido que el Registrador realiza bajo su exclusiva responsabilidad (art. 18 LH), de la validez de los títulos presentados a inscripción y a los únicos efectos de practicar, suspender o denegar la operación registral solicitada».

De donde concluye —con carácter vinculante— que: «en materia representativa, el Registrador deba seguir realizando su función calificadora, como demuestra el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal permanece invariable tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001».

Sentado lo anterior, y a fin de evitar interpretaciones que desvirtúen el sentido de la conclusión, la propia DGRN explica su criterio diciendo que:

«Esto no significa que, en cuanto a la forma de acreditación de la representación, siga igual que hasta ahora. Cuando el Notario haya realizado el juicio de suficiencia, y de la escritura resulten los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir, el Registrador no podrá exigir la documentación complementaria», ni podrá revisar el juicio del Notario «sobre la capacidad natural del otorgante (salvo que —como podrá ocurrir excepcionalmente— de la propia escritura o del Registro resulte contradicha dicha apreciación), [ni] la valoración que el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno, que hayan sido acreditadas y reseñadas en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001, siempre, claro está, que tal reseña permita el ejercicio de la calificación registral a los efectos de practicar, suspender o denegar la operación registral solicitada, y siempre que, como se ha señalado, de la propia escritura o del Registro no resulte contradicha tal apreciación».

La DGRN establece como exigencias que deben concurrir en la escritura, a fin de impedir que el Registrador pueda proceder a la revisión de la valoración realizada por el Notario de las facultades del representante, que: «el Notario autorizante deberá indicar somera, pero suficientemente, los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas, la suficiencia, el ámbito o extensión de éstas y las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas (hecho de la exhibición al Notario de la copia autorizada o, en su caso, datos de inscripción en el Registro Mercantil).»

El interpreta los efectos que provoca, en el ámbito de los deberes/facultades del Registrador, la valoración o juicio de suficiencia realizado y expresado por el Notario en los términos indicados respecto de las facultades representativas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera, diciendo que le eximirá «de realizar mayores averiguaciones al respecto, y no podrá exigir como documentación complementaria la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total en la escritura de las facultades representativas. Tampoco serán exigibles fórmulas sacramentales, ni la afirmación por parte del Notario de que al expresar la suficiencia el ámbito de las facultades representativas haya nada omitido que desvirtúe el juicio de suficiencia».

Y la razón de este límite a la función calificadora del Registrador la encuentra en que el artículo 98.2, «al referirse en el mismo plano a la narración de un hecho, cual es la constatación —*reseña*— de los datos de identificación del documento auténtico aportado, y a un juicio —*valoración*— sobre la suficiencia de la representación, revela la especial eficacia que se atribuye a esa aseveración notarial sobre la representación —*harán fe sufi-*

ciente, por sí solas, de la representación acreditada— y excluye la petición de la escritura de poder como documento complementario».

Lo que, desde luego —sigue diciendo la Resolución— no puede impedir que el Registrador aprecie que una escritura adolezca de un defecto de forma extrínseca, que pueda consistir, por ejemplo, en la omisión en el documento del juicio de suficiencia de la representación, o la insuficiente expresión de los extremos necesarios para que el Registrador ejerza su función calificadora. Ni tampoco excluye que al calificar el título pueda apreciar que se haya en contradicción con lo que resulte del mismo documento o de los asientos del Registro.

Además, a juicio de la DGRN, la anterior interpretación se encuentra revalidada por el párrafo tercero del artículo 98, que «no establece una exigencia de unión, incorporación o transcripción total del documento auténtico aportado para acreditar la representación alegada».

2.2. LAS RESOLUCIONES DE 23 DE ABRIL, 26 DE ABRIL, 3 DE MAYO, 21 DE MAYO, Y 8 DE NOVIEMBRE DE 2002

La razón por la que se agrupan estas Resoluciones radica, de un lado, en el origen geográfico de los casos: todas ellas provienen de León, pero también, en segundo lugar, por la concurrencia de un dato subjetivo: si bien los señores Notarios recurrentes son diversos, el señor Registrador, cuya calificación es objeto de recurso, es el mismo, en tanto que titular del Registro de la Propiedad número 2 de la referida capital.

2.2.1. *Los supuestos de hecho de las diversas Resoluciones*

1. *Resolución de 23 de abril*: Doña Esther M. H. G., en representación del Banco Herrero otorgó, mediante escritura pública, carta de pago de determinado préstamo con garantía hipotecaria, en la que además se consentía en la cancelación de la hipoteca.

En la escritura el Notario, al realizar la fe de capacidad, se decía lo siguiente: «Hace uso del poder que tiene conferido el día 4 de marzo de 1997, ante el Notario don José A. C. C., bajo el número 620 de su protocolo, el cual me asevera vigente. Copia autorizada del referido poder he tenido a la vista y juzgo, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el acto o contrato que se instrumenta en esta escritura. Inscrita en el Registro Mercantil de Asturias, en el tomo 1032, General, folio 177, hoja As-755, inscripción 1558».

Presentada la copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de León, el señor Registrador decidió suspender su ins-

cripción «por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes que intervienen como apoderados».

2. *Resolución de 26 de abril:* Doña Ana L. C. intervino como apoderada de «Construcciones López Pérez, S. L.» en el otorgamiento de escritura pública de venta de determinados inmuebles a don Alfonso G. A. En la escritura se decía literalmente: «Se encuentra [doña Ana] facultada para este acto por escritura de poder especial, otorgada por el Administrador Unico, don Angel L. P., ante mí, el día 23 de noviembre de 2001, número 3.239 de protocolo, el cual me asevera vigente. Copia autorizada del referido poder he tenido a la vista y juzgo, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el contrato que se instrumenta en esta escritura».

Presentada la copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de León, el señor Registrador decidió suspender su inscripción «por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes que intervienen como apoderados».

3. *Resolución de 3 de mayo:* Don José Buenaventura L. F. y don Luis P. G. del C., en nombre y representación de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid», otorgaron mediante escritura pública carta de pago de determinado préstamo con garantía hipotecaria, en la que además se consentía en la cancelación de la hipoteca.

En la escritura se expresaba lo siguiente: «Don José Buenaventura L. F. hace uso del poder que le tiene conferido el día 27 de abril de 1995, ante el Notario de Madrid don Gerardo M. de D., con el número 2.301 de protocolo, el cual me asevera vigente. Don Luis P. G. del C. hace uso del poder que le tiene conferido el día 9 de marzo del año 2000, ante el Notario de Madrid don Gerardo M. de D., con el número 1.690 de Protocolo, el cual me asevera vigente. Copia autorizada de los referidos poderes he tenido a la vista y juzgo, bajo mi responsabilidad, *con facultades representativas suficientes para el acto o contrato que se instrumenta en esta escritura*».

Presentada la copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de León, el señor Registrador decidió suspender su inscripción «por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes que intervienen como apoderados».

4. *Resolución de 21 de mayo:* Doña Laudelina S. G. vendió una casa a doña Anisia G. M. En la escritura pública de venta compareció don Miguel-Angel P. L. en nombre de doña Anisia, expresándose por el Notario que lo hacía como apoderado, «según resulta de copia autorizada de escritura de apoderamiento que tengo a la vista, otorgada en esta ciudad, a mi testimonio, con esta misma fecha, en el que a mi juicio y bajo mi responsabilidad *se le conceden facultades bastantes para este acto*, el cual asegura el apoderado vigente, así como que no ha variado la capacidad de su representada». En la

escritura se añadió por el Notario: «juzgándoles tal como intervienen, con la capacidad legal necesaria para otorgar esta escritura de compraventa».

Presentada la copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de León, el señor Registrador decidió suspender su inscripción «por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes que intervienen como apoderados».

5. *Resolución de 8 de noviembre*: Don Carlos L. F. y don Santiago F. C., en nombre y representación del «Banco de Castilla, Sociedad Anónima» otorgaron escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que fue autorizada por el Notario. En ella el Notario, tras reseñar las escrituras de apoderamiento con el nombre del Notario autorizante, fecha, número de protocolo, datos de inscripción en el Registro Mercantil y la aseveración por parte de los apoderados sobre su vigencia, expresaba que: «...Copia autorizada de los referidos poderes tengo a la vista y juzgo, bajo mi responsabilidad, *con facultades representativas suficientes para el préstamo con garantía hipotecaria que se instrumenta en esta escritura*».

Presentada la copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de León, el señor Registrador decidió suspender su inscripción «por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes que intervienen como apoderados», y entender que los documentos de los que resulta la representación alegada debían unirse a la matriz, original o por testimonio, por exigirlo así el artículo 98 de la Ley 24/2001 para que pueda ejercer su función calificadora conforme al artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria.

2.2.2. *La Doctrina de la DRGN*

Tanto en la Resolución de 23 de abril, como en las de 26 de abril, 3-5-03 y 21-5-03, la DGRN parte de la interpretación dada al artículo 98.2 por la Resolución de 12 de abril. En ellas el criterio guía es el siguiente: frente a la diversa percepción de la fuerza innovadora del precepto, la DGRN entiende que éste no ha alterado el esquema de la seguridad jurídica preventiva, ni tampoco la función que en él desarrollan los Notarios y los Registradores.

No obstante, y por lo que afecta a la materia de la representación, considera necesario poner de manifiesto que el artículo 98 ha incrementado la fe pública notarial, pues atribuye *plena eficacia formal por sí sola a la manifestación notarial relativa a la suficiencia de las facultades representativas... que alcanza el rango de fuerte presunción iuris tantum, que vincula erga omnes y obliga a pasar por ella, en tanto no sea revisada judicialmente con base en una prueba contraria que no deberá dejar margen racional de duda*.

Además, con la intención de eliminar la percepción —y consiguiente tensión-reacción— de que este incremento de la fe pública notarial pueda haber

afectado —reduciéndola— la función calificadora de los Registradores, expresamente recuerda que el nuevo precepto no ha supuesto merma alguna de tal función, que permanece inalterada, pues el referido precepto en nada afecta a la práctica de la calificación registral de las escrituras, que conforme al artículo 18 LH, debe realizarse «por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

El desarrollo de las anteriores premisas lleva a la DGRN a expresar en abstracto cómo, según la Ley nueva, el Notario debe reflejar en las escrituras —para su legal conformación— el citado incremento de la fe pública: en ellas deben concurrir dos elementos *perfectamente diferenciados* (este requerimiento y su materialización se convierte en clave de la Doctrina de la DGRN aplicada en este conjunto de resoluciones): de una parte, la reseña del documento auténtico y, de otra, la valoración o juicio de la suficiencia de las facultades representativas para el otorgamiento del acto concreto y la autorización del instrumento. Ambas, *por sí solas*, «harán fe suficiente de la representación acreditada bajo la responsabilidad del Notario».

El Registrador, cuando le sea presentada la escritura para su calificación, de conformidad con el artículo 18 LH, deberá comprobar si en ella figuran: a) la reseña, somera pero suficiente, de los datos identificativos del poder, y b) la valoración de la suficiencia de las facultades del apoderado en congruencia con el contenido de la escritura y del Registro.

El concurso de ambos elementos —en consonancia con lo dispuesto con el art. 98.2— determina que el Registrador deba atenerse a lo contenido en la escritura, pues hace fe suficiente respecto de la representación acreditada, «Sin que pueda revisar la valoración que el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas» (RDGRN de 12-4-02).

Es por ello que el Registrador no podrá suspender la calificación de la escritura para pedir el documento del que derive la representación, pues debe proceder sin más a la inscripción. No obstante, si la reseña fuera insuficiente en lo relativo a la concreta facultad que legitima al representante para otorgar el consentimiento, podrá suspender la calificación a fin de solicitar al Notario que proceda a reseñar en la escritura de modo más completo el extremo relativo a tal facultad.

La anterior Doctrina es común para todos los casos que motivaron estas Resoluciones y también su concreta aplicación, por lo que la DGRN procede a estimar los recursos interpuestos por los Notarios.

Y el Centro Directivo lo hizo porque, a su juicio, en todos los casos el Notario:

a) *Reseñó somera, pero suficientemente, los datos identificativos del documento de poder.* Por lo que entendió que en todas las escrituras que motivaron estas Resoluciones se contenían los elementos necesarios, los par-

ticulares bastantes, para que el Registrador calificara la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretendía inscribir.

Y concretaba diciendo que el cumplimiento de este requisito obliga al Notario a transcribir en la escritura, los datos identificativos del poder, pero no todas las facultades representativas contenidas en él, ni tampoco «la incorporación —ni mucho menos, el acompañamiento— de los documentos que se hayan aportado para acreditar la representación alegada» (RDGRN de 12-4-02).

Es más, y —entiendo— con el objeto de cerrar ulteriores dudas interpretativas, procura apartar el debate relativo a la *extensión de la transcripción de facultades* (¿cuántas?, ¿todas?, ¿sólo algunas?, ¿cuáles?).

A este fin distingue las exigencias del artículo 98.2 —reseña y valoración—, de la técnica notarial del testimonio, copia o transcripción (art. 246 del Reglamento Notarial), con la que es conforme la utilización de *fórmulas sacramentales*, y la exigencia de que el Notario dé fe específicamente de que en lo omitido no hay nada que altere, desvirtúe o de algún modo modifique o condicione lo transcrito, puesto que —como dice la Resolución de 12-4-02— el Notario ya no debe afirmar «que al expresar la suficiencia de las facultades (ámbito) representativas haya nada omitido que desvirtúe el juicio de suficiencia».

Y si es preciso distinguir es porque «la exigencia legal [de la Ley 24/01] tiene diferente alcance hasta el punto de no quedar cumplida con la transcripción de las facultades representativas».

En consecuencia, de esta serie de Resoluciones viene a concluirse que no debe ser objeto de discusión, ni puede motivar la suspensión de la calificación de una escritura, el defecto de transcripción de facultades, ya que la exigencia del artículo 98.2, no «implica necesariamente... la copia o transcripción literal de las facultades representativas», pues «tiene diferente alcance hasta el punto de no quedar cumplida con la transcripción de las facultades representativas».

Sólo se cumple, dice la DGRN si respecto de la reseña del poder se expresa por el Notario la valoración de suficiencia de la representación y, desde luego, no existe contradicción entre la valoración notarial, el contenido de la escritura y el del Registro.

b) *Bajo su responsabilidad, juzgó suficientes las facultades del representante para el acto o contrato instrumentado en la escritura*: «no transcribe dichas facultades pero las identifica por remisión a la naturaleza del negocio instrumentado que califica previamente», según el caso, de cancelación de hipoteca, de venta de un inmueble o de constitución de hipoteca en garantía de contrato de préstamo.

Es evidente, dice la DGRN, que el Notario podía haber optado por apoyar su juicio en una copia literal de las facultades del apoderado para [cancelar una hipoteca, vender un inmueble o constituir hipoteca en garantía de contra-

to de préstamo], pero en vez de hacerlo así emitió su juicio «en relación con la naturaleza del negocio incluido en la escritura y que previamente califica debidamente de [cancelación de hipoteca, de venta de un inmueble o de constitución de hipoteca en garantía de contrato de préstamo]», y lo hizo señalando expresamente que las facultades del apoderado eran para formalizar la escritura que calificaba previamente [de cancelación de hipoteca, de venta de un inmueble o de constitución de hipoteca en garantía de contrato de préstamo].

No obstante, este modo de apoyar su juicio no afecta a la escritura de defecto alguno, pues «no se alcanza a comprender la diferencia que existe entre esta fórmula [copia literal de facultades] y la utilizada, en la que se señala expresamente que las facultades son para formalizar la escritura calificada previamente de [cancelación de hipoteca, de venta de un inmueble o de constitución de hipoteca en garantía de contrato de préstamo]».

Lo que parece que la DGRN quiere dejar sentado es que esta facultad de optar sobre el modo de expresar el juicio de suficiencia corresponde al Notario, y que cumple con su deber tanto lo haga mediante copia o testimonio literal, como por relación con la naturaleza del negocio instrumentado en la escritura.

No obstante, esta facultad del Notario de elegir la forma de expresar su juicio no es libérrima, pues está limitada. Por ello, la DGRN recuerda a los Notarios que, para cumplir con lo que la Ley nueva requiere, no pueden realizar una «expresión lacónica de juicios de suficiencia», pues de hacerlo así afectarán a la escritura de defecto. Y se incurre en este defecto si se omite realizar «una referencia concreta a la razón o razones en que... basa su apreciación», pues, obviamente, debe ésta estar motivada.

Además, si resulta ineludible —imperativo— que la escritura contenga la motivación del juicio, más todavía debe cuidarse su expresión cuando el Registrador, con ocasión de su presentación para la inscripción del acto instrumentado, deba dar lugar al cumplimiento de su función calificadora, pues debe realizarla con base a tales motivos.

Por lo que, en conclusión, entiendo que el Notario en la reseña debe referir, al menos, la facultad con base en la cual el representante está legitimado para actuar y que, en un segundo momento, le permite emitir el juicio de suficiencia.

c) *No existía contradicción alguna entre la valoración notarial y el contenido de la escritura y el contenido del Registro.* La congruencia que precisa este requerimiento se manifiesta en dos planos diversos:

El primero de ellos en el relativo a la conformación legal de la escritura. Y de él resulta que el acto notarial, que comporta la autorización del instrumento, tiene por base unos antecedentes, entre los cuales están los relativos a la capacidad legal de los otorgantes. En consonancia con ellos ha de encon-

trarse el propósito perseguido por las partes mediante el acto que pretenden otorgar, pues han de estar facultadas para realizarlo.

De acuerdo con lo anterior, y por lo que respecta a la capacidad legal de los intervinientes, el Notario, tras reflejar en la escritura que quien ante él comparece lo hace en nombre y representación de su principal, y en virtud de determinado acto de apoderamiento o de atribución de las facultades representativas, que referirá, deberá hacer mención de la concreta facultad que le legitima para otorgar la voluntad negocial propia del acto que se pretende celebrar.

El Notario, necesariamente con base en los antecedentes reseñados, deberá emitir una valoración relativa a la capacidad (natural y/o legal) de las personas que ante él comparecen para otorgar el acto que pretenden. Pues a fin de que el documento público esté conformado según las exigencias legales, entre reseña y valoración debe existir una ineludible concatenación lógica.

Y, en particular, cuando alguna de ellas intervenga en representación de otra, la valoración del Notario deberá referirse a la suficiencia de las facultades que el poder le atribuye para comparecer y otorgar el concreto consentimiento contractual. Lo que implica que «cuando el Notario asevere la suficiencia del poder debe hacerlo por referencia expresa a su contenido en congruencia con el de la escritura que autoriza».

Así pues, sólo un juicio de suficiencia favorable permitirá al Notario emitir el acto de autorización del instrumento público. Y, al contrario, la apreciación de una carencia de facultades, le impedirá autorizar el instrumento. Si lo hiciera —si autorizase una escritura de donación otorgada por un representante sin facultades para transmitir a título gratuito— la escritura adolecería de un vicio intrínseco de legalidad, que haría inválido el acto notarial de autorización —«obligaría a negar al documento así redactado la cualidad de escritura pública por no cumplir los requisitos exigidos por la legislación notarial respecto del juicio notarial de capacidad y legitimación de los otorgantes» (RDGRN de 12-4-02, F.D.º 8.º, p. 3.º)—, con independencia de la ineficacia sustantiva del acto otorgado por las partes.

El segundo plano en el que la congruencia debe producirse es aquél que relaciona las facultades del otorgante y el contenido del Registro de la Propiedad, pues de éste resulta la legitimación del titular del derecho inscrito (*ex art. 38 LH*).

En consecuencia, cuando el acto instrumentado transmita, modifique o extinga un derecho real inscrito, constituyen antecedente necesario del mismo las facultades de que es titular el otorgante, así como la extensión de las mismas según el Registro. Y, en consonancia con estas facultades, debe encontrarse el acto de apoderamiento, que legitima, de un lado, la comparecencia del representante del titular inscrito para el otorgamiento del acto que vaya a ser autorizado por el Notario, de otro, la emisión por éste del juicio

de suficiencia, y que, finalmente, permitirá que el Registrador lo inscriba, por examinarlo de conformidad con lo inscrito.

Todo lo cual no es más que expresión de la concatenación precisa que existe entre la función notarial y la registral en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva.

No obstante la anterior interpretación, debe traerse a colación que la RDGRN de 30 de septiembre de 2002 ha explicado su doctrina en lo relativo a este punto, que difiere respecto del criterio que he expresado, y así dice: «como resulta de las Resoluciones de 12, 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002 (que son vinculantes para todos los Registros —cfr. art. 327 de la Ley Hipotecaria y 103 de la Ley 24/2001—), tampoco puede entenderse que dicha norma [art. 98] exija al Notario, además de reseñar los datos identificativos del poder y de valorar su suficiencia, que transcriba o copie, siquiera sea parcialmente, las facultades representativas contenidas en aquél».

2.3. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002

Sin ánimo de prejuzgar el sentido del conflicto que con esta Resolución pretende dirimirse, entiendo que el caso marca un punto de inflexión en el modo en que la DGRN expresa de nuevo cómo ha interpretado en las anteriores Resoluciones la manera en que debe aplicarse el precepto, probablemente con la intención de que Notarios y Registradores sujeten sus actuaciones a la misma, en consonancia con el artículo 327.10 LH.

Así, casi didácticamente, procede a indicar —incluso por vía de ejemplo— a qué obliga al Notario, y, por el contrario, cómo no le está permitido realizar la reseña, ni el juicio o valoración de facultades. De otra parte, también, hace expresa determinación de cuándo, en qué casos, el Registrador no puede pedir para llevar a cabo la calificación de la escritura que se acompañe la copia autorizada de la escritura de poder.

En el caso, el señor Notario de Banyeres autorizó una escritura de préstamo hipotecario. La prestamista fue la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ontinyent, que en el acto comparecía representada por don Dámaso F. F. —según se refería por el señor Notario en la escritura— «...en uso del poder formalizado en escritura otorgada el 18 de mayo de 2000, ante el Notario de Ontinyent, don Roberto Tortosa Albert, con el número 950 de su protocolo, cuya copia autorizada me exhibe, inscrita en el Registro Mercantil de Valencia, al tomo 5629, libro 2936, de la Sección General, folio 31, hoja V-18091, inscripción 111.8, y de la que resulta que se confieren al apoderado facultades que, a mi juicio, son suficientes para el otorgamiento de la presente escritura. Me asegura el apoderado la vigencia y subsistencia de las facultades conferidas y que no ha variado la capacidad y personalidad de la entidad que representa».

Presentada la copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Alcoy, el señor Registrador la calificó con la siguiente nota: «El representante voluntario de la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ontiyent, no acredita la existencia, subsistencia, ni el contenido del poder de representación. Además existe una sustitución de poder y en la escritura no se refleja ni la relación que aquélla pudiera tener con la entidad representada. A los efectos de calificar la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH) y dado que en la escritura de referencia no se inserta total o parcialmente ni se incorpora el documento que acredite la representación, se ha de presentar a calificación copia auténtica de la escritura de apoderamiento».

Es de interés poner de manifiesto que el Notario, al interponer el recurso gubernativo contra la calificación, alegó que en la escritura de préstamo había expresado que de la escritura de poder «resulta que se confieren al apoderado facultades que, a mi juicio, son suficientes para el otorgamiento de la presente escritura», por lo que «es evidente que el señor Registrador no puede echar de menos que se le acredite la existencia, subsistencia ni el contenido del poder de representación». En consecuencia, según su honorable criterio, resulta claro que con esta fórmula ha dado exacto cumplimiento no sólo a lo dispuesto por el referido artículo 98, sino también por la Doctrina de la DGRN. Y, no puede, ni debe dudarse de la rectitud de su posición, como no lo hace la DGRN al resolver, a pesar de no respaldarla.

Sin embargo, el Registrador no lo consideró suficiente, pues al remitir a la DGRN el expediente, informaba que, con base en el artículo 98.3, y a pesar del nuevo precepto, no es bastante el juicio del Notario sobre la suficiencia de las facultades representativas, por lo que consideraba justificado solicitar que para que pudiera calificar se le presentara copia auténtica de la escritura de apoderamiento.

Tampoco debe, en este caso, proyectarse ninguna sombra de duda sobre la rectitud del argumento del Registrador. Al contrario. En atención a la trascendencia de la calificación del documento, la interpretación más prudente de la norma nueva debe ser aquélla que menos riesgo comporte a las titularidades inscritas, la que tienda a no privarles de las garantías que ostentaban y siguen ostentando, en suma, la que redunde en mayor seguridad para el tráfico. Esto es, una aplicación conservadora —que no retrógrada— de la norma, pues si su finalidad es favorecer el tráfico no puede admitirse que acabe dificultándolo o, incluso, retrayéndolo, ni por «exceso de velocidad», esto es, por pérdida de cautelas esenciales en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, ni por «defecto de velocidad», exceso de celo, o incremento de los controles injustificados o no demandados por el tráfico.

Tampoco pone en duda la DGRN la rectitud y prudencia del criterio del Registrador, pues lo respalda, al considerar insuficiente la reseña de facultades realizada por el Notario, y ello a pesar de revocar parcialmente la calificación,

pues como ya dijo desde la citada Resolución de 12 de abril, no puede solicitar que se adjunte la copia de la escritura de poder, sino que sólo puede solicitar que la reseña sea completada con los particulares bastantes para que pueda calificar la capacidad del representante con relación al acto.

Por lo que respecta a cómo los Notarios deben aplicar la norma del artículo 98 cuando autoricen una escritura en la que al menos uno de los intervinientes lo hace en nombre y representación de otro, la DGRN recuerda lo dicho en la Resolución de 12 de abril: «[el Notario]... deberá indicar somera, pero suficientemente, los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas, la suficiencia, el ámbito o extensión de éstas y las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas (hecho de la exhibición al Notario de la copia autorizada o, en su caso, datos de inscripción en el Registro Mercantil)».

Lo que desde la posición del ejercicio de la función calificadora implica, según el criterio de la DGRN, que «Cuando el Notario haya realizado el juicio de suficiencia, y de la escritura resulten los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir, el Registrador no podrá exigir la documentación complementaria», es decir, «el acompañamiento de los documentos que se hayan aportado para acreditar la representación alegada», ni tampoco «la transcripción total de las facultades o la incorporación total —ni mucho menos el acompañamiento—, de los documentos que se hayan aportado para acreditar la representación alegada».

Llegados a este punto, la DGRN reconduce el problema de interpretación de la norma a un problema de expresión del juicio notarial de suficiencia de las facultades. La expresión de este juicio, en consonancia con lo expuesto anteriormente, no puede ser lacónica, debe contener una referencia concreta a la razón o razones en que basa su apreciación, es decir, al contenido de la escritura de poder que sea congruente con el de la escritura que autoriza, pues sólo así se permitirá al Registrador que compruebe si existe coherencia entre la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas y el contenido de la escritura.

Además, ha de considerarse que en esta Resolución el Centro Directivo matiza el criterio sustentado en las anteriores de 23 y 26 de abril, y 3 y 21 de mayo. Como he expuesto con anterioridad, en ellas se admitió como válido que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas se emitiera en relación simplemente con el otorgamiento de la escritura que previamente era calificada.

Sin embargo —precisa la DGRN—, la emisión de este juicio por relación no exime al Notario de reseñar las facultades que legitiman al apoderado para otorgar el acto, al contrario: no hacerlo afectaría a «la calidad técnica del documento público y a la trascendencia que la Ley atribuye hoy a la valora-

ción notarial de la suficiencia de la representación», que le imponen un mayor rigor, que se realiza con la aludida reseña de las facultades del representante, y que no se cumple «con esas expresiones genéricas, sino que al juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas, exigido por la ley, debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura que otorgan las partes».

Y como el punto de tensión se encuentra en cómo ha de redactarse la reseña de facultades, la Dirección acude al ejemplo: «si el Notario ha comprobado que el apoderado está plenamente facultado para disponer de todo tipo de bienes a título oneroso o gratuito, será suficiente con reseñar que está facultado para vender sin tener que copiar literalmente las facultades».

La Resolución interpreta la Ley a fin de trasladar a los Notarios no sólo cómo deben proceder legalmente al redactar la reseña de facultades, sino también *por qué*: pues así hacen expreso en la escritura «el fundamento de su juicio o conclusión», *para qué*: para proporcionar a la escritura concreción y claridad y ser base del juicio de suficiencia, y *con qué efectos*: la atribución por la Ley a este juicio «de fehaciencia y valor por sí solo», y también permitir al Registrador cumplir con su función calificadora, lo que implica —recuerda la Resolución— que «podrá apreciar si, en su caso, el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado», y, de nuevo, para reafirmar la interpretación, acude a la vía del ejemplo para expresar cuándo podrá realizar tal apreciación: si «se expresa por error que las facultades representativas son suficientes para vender, cuando se trata de una donación; en una escritura de permuta se hace referencia a la suficiencia de facultades del apoderado para vender; o, tratándose de una escritura de cancelación se valoran las facultades del apoderado para hipotecar».

Con base en los anteriores argumentos, resulta evidente que en el caso el Notario no podía ver aceptado su recurso, pues no sólo la reseña de facultades no cumplía con las determinaciones requeridas, sino porque además al carecer de ella privaba de fundamento al juicio de suficiencia.

Por ello concluye la DGRN diciendo que «ninguna objeción cabría oponer si el Notario hubiera expresado que valora suficientes las facultades del apoderado porque del documento auténtico reseñado *«resulta estar facultado para formalizar préstamos con garantía hipotecaria y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura»*, o hubiera utilizado otra fórmula semejante».

Frente a esta Resolución, el Notario recurrente interpuso demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alicante, respecto de la que el pasado día 27 de marzo ha recaído sentencia, y que es objeto de análisis (*sub.* 4).

3. LA SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2003 DEL PJI NUMERO 1 DE VALLADOLID

Con fecha 23 de enero, el JPI de Valladolid ha resuelto el juicio verbal planteado por don J. M.^a C. C., Notario de la misma ciudad, contra la Resolución presunta de la DGRN, por la que se desestimaba el recurso gubernativo interpuesto en su día contra la calificación negativa del Registrador de la Propiedad sobre determinados extremos de una escritura de subrogación de préstamo hipotecario.

En el caso: el Notario, en el apartado de la comparecencia de la referida escritura, y tras exponer que el compareciente intervenía como apoderado, en nombre y representación de la Caja Rural del Duero, y que sus facultades para el acto resultaban: *a) de su designación como director de oficina en escritura otorgada por el Presidente de la Caja, en cumplimiento de los acuerdos adoptados por su Consejo Rector, inscrita en el Registro Mercantil, y b) del acuerdo adoptado por el Consejo Rector de la Caja, elevado a público por su Secretario, que con posterioridad se inscribió en el Registro Mercantil, manifestó que copias autorizadas de las referidas escrituras he tenido a la vista, y juzgo bastante para este acto, aseverando el apoderado la íntegra vigencia de sus facultades y la subsistencia con plena personalidad jurídica y de obrar de la entidad que representa. Y más adelante, y en la misma página de la escritura, se reiteraba que: Les identifico por sus reseñados documentos y les juzgo, según intervienen, con capacidad legal necesaria para otorgar la presente escritura de subrogación de préstamo hipotecario a interés variable...».*

El Registrador suspendió la solicitud de inscripción de la escritura por apreciar la concurrencia de dos defectos, de los que interesa reseñar, a los efectos de este estudio, sólo el primero de ellos, que consistía en «la falta de precisión, siquiera somera, en la reseña notarial del poder acreditativo en la comparecencia del representante de la entidad bancaria subrogada, del ámbito o extensión de sus facultades representativas de forma tal que permita el ejercicio de la calificación registral *ex* artículo 18 LH».

El Notario recurrió ante la DGRN contra la calificación negativa del Registrador. El recurso fue desestimado presuntamente por silencio del Centro Directivo, por lo que al amparo del artículo 328 LH formuló demanda de juicio verbal contra ella. El Auto de 23 de diciembre de 2002, del Juzgado de Primera Instancia, aceptó considerar como parte al señor Registrador con base a lo dispuesto en el artículo 13 de la LEC.

A los efectos del mejor entendimiento del conflicto que se suscita, creo conveniente realizar una sucinta referencia a las alegaciones realizadas por demandante y demandados en la causa.

1. LOS ARGUMENTOS DEL NOTARIO DEMANDANTE

El señor Notario sostuvo que tanto la Consulta vinculante de la DGRN, de 12 de abril de 2002, como las Resoluciones posteriores dictadas sobre la materia, concluyen en que «los Registradores no pueden exigir como declaración complementaria la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total en la escritura de las facultades representativas, y de que el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, al referirse en el mismo plano a la narración de un hecho, cual es la constatación —reseña— de los datos de identificación del documento auténtico aportado, y a un juicio —valoración— sobre la suficiencia de la representación, revela la esencial eficacia que se atribuye a esa aseveración notarial sobre la representación, que harán fe suficiente, por sí solas de la representación acreditada, excluyendo la petición de la escritura de poder como documento complementario».

En el acto del juicio insistió en que lo exigido por el artículo 98 es la reseña identificativa del documento, y no la reseña identificativa de las facultades contenidas en el documento, por lo que resulta «innecesario, por reiterativo, calificar con ocasión del juicio de suficiencia el documento autorizado, ya que es de todos los posibles intervinientes conocidos que la expresión “para este acto” contenida en la escritura se refiere a una escritura de subrogación en préstamo hipotecario».

2. LOS ARGUMENTOS DEL REGISTRADOR

La justificación de la calificación se fundó en el entendimiento de que para que pudiera «ejercer la función de calificar la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir, función calificadora que en materia representativa exige el vigente artículo 18 LH, es necesaria una relación o transcripción, siquiera somera pero suficiente, del ámbito o extensión de las facultades representativas del apoderado a fin de que el Registrador pueda comprobar la adecuación de tales facultades al negocio otorgado cuya inscripción se pretende».

En el acto del juicio, el Registrador abundó en esta argumentación diciendo que «de seguir la interpretación extrema del artículo 98 que el Notario pretende, se provocarían situaciones aberrantes, no queridas por el legislador, respecto del reparto de las funciones calificadoras con alteración refleja del estatuto de los Registradores en aspectos fundamentales como el de la responsabilidad o la independencia y quebranto del principio de motivación».

3. LOS ARGUMENTOS DE LA DGRN

El Centro Directivo alegó en defensa de la Resolución presunta que la expresión «este acto» de la escritura litigiosa no contiene mención alguna al contenido de las facultades representativas, por lo que, en realidad no se cumple el requisito legalmente exigido de reseña identificativa del documento acreditativo de la representación, impidiendo así que pueda llevarse a cabo la función calificadora a que se refiere el artículo 18 LH.

4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Juez centró la cuestión litigiosa en la determinación de «cuáles son o han de ser los particulares bastantes en que la reseña consiste, a fin de que en todo caso se permita el ejercicio de la calificación registral a los efectos de practicar, suspender o negar la operación».

El criterio para su resolución tomaba decisivo apoyo en la Doctrina sentada, en primer término, por la RDGRN de 12 de abril de 2002. Por ello rechazó que pudiera ser suficiente «la previa calificación de la escritura para que con una fórmula genérica y sacramental —de indiscutible eficacia universal por cuanto sirve potencialmente para cualquier escritura con independencia de su contenido— se estimaran cumplidas las exigencias del precepto en cuestión [art. 98], impidiendo, de facto, el ejercicio de la función calificadora que en materia de capacidad de los otorgantes impone al Registrador el vigente artículo 18 LH, que quedaría, en este extremo, vacío de contenido».

Y, en segundo lugar, se sustentaba en la interpretación dada por la RDGRN de 30 de septiembre de 2002. De acuerdo con ella, al juicio notarial de suficiencia debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura, concreción que el Notario ha de apoyar en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso o en una referencia o relación de la esencia de tales facultades, todo ello a fin de que el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, pueda apreciar si, en su caso, el juicio admitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado o de los asientos del Registro.

La desestimación de la demanda, en lo relativo a la cuestión objeto de análisis, se basó en que:

A) Ni el Notario efectuó transcripción, indicación, referencia o relación alguna del ámbito o extensión —esencia— de las facultades representativas del apoderado, que es lo que cabalmente le exigió el Registrador en su calificación negativa, el cual en ningún momento solicitó la incorporación, unión,

testimonio o transcripción literal del documento acreditativo de la representación, respetando así la finalidad de la reforma.

B) Ni proyectó el juicio de suficiencia sobre el contenido concreto de la escritura que estaba autorizando.

Frente a esta sentencia se alzó recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid.

4. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID, DE 30 DE JUNIO DE 2003

El señor Notario de Valladolid, don J. M.^a C. C., interpuso recurso de apelación contra la sentencia del JPI número 1 de Valladolid, referida en el anterior epígrafe.

El recurso se articuló con base en las siguientes pretensiones: *a*) la revocación de la citada sentencia de Primera Instancia, en cuanto implicaba el mantenimiento de la calificación negativa en lo relativo al primero de los defectos de la escritura señalados por el Registrador, y *b*) la revocación del Auto, de 23 de diciembre de 2002, por medio del cual el Juez admitió como parte «interesada» en el procedimiento al señor Registrador de la Propiedad firmante de la calificación negativa, todo ello al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para la resolución del recurso de apelación se constituyó, de acuerdo con lo previsto por el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la denominada «Sala especial», integrada por todos los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia de Valladolid. Fue designado como Magistrado-Ponente don José Ramón Alonso-Mañero Pardal.

1. LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA SER PARTE EN EL PROCESO

La primera de las cuestiones abordadas por la sentencia es la relativa a *la legitimación del Registrador para ser parte en el proceso* al amparo del artículo 13 de la LEC, precepto que contempla un caso de «intervención voluntaria adhesiva de tercero en cualquier procedimiento».

A este respecto, la Sala especial señala que el elemento determinante para admitir su legitimación como parte, lo constituye la acreditación por el del Registrador de que posee un interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

Tras examinar los Autos, la Sala entiende improcedente la admisión como parte del Registrador, por lo que procede a estimar el recurso y a revocar el Auto de 23 de diciembre de 2002.

Las razones de la revocación son las siguientes:

- a) Porque el señor Registrador incumplió el deber legal de acreditar que ostentaba un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pues «en su escrito, solicitando se admita su intervención en el procedimiento (folio 95 de los autos), se limita exclusivamente a manifestar su calidad o condición de *interesado*».
- b) Porque «además, y curiosamente (*sic*), el propio Juez de instancia no advirtió tal condición o cualidad cuando, en cumplimiento del mandato del párrafo tercero del artículo 328 de la Ley Hipotecaria, no acordó el emplazamiento del Registrador de la Propiedad como interesado en el procedimiento.
- c) Porque es el Juez quien *motu proprio* construye «la razón que entiende justifica el interés del Registrador de la Propiedad en ser considerado como parte en el procedimiento» en defensa de la desestimación presunta por la DGRN del recurso gubernativo.

La «razón construida por el Juez», a la que alude la sentencia de la Audiencia, y en la que se basa el Auto de 23 de diciembre, es la hipotética o presunta responsabilidad del Registrador por su calificación, pues es la que justificaría su intervención procesal, a fin de articular su defensa.

Frente a esta «razón construida», la Audiencia hace valer de modo concatenado las siguientes razones para su revocación:

1. Que el concepto de «interesado» no puede utilizarse de forma expansiva para justificar la intervención en el procedimiento de cualquiera que lo solicite con sólo aludir a su legítimo interés.

Y hace recurso a una interpretación consolidada de quiénes sean estos «interesados»: «aquellas personas a cuyo favor deriven derechos del propio acto, quienes ostentarían por tanto una situación jurídica directamente afectada por la sentencia que se pronuncie». En este sentido cita las STS de 6 de marzo de 1946, 17 de febrero de 1951 y 17 de octubre de 1961, que admitieron la intervención de terceros en el proceso, precisando que su admisión venía «justificada esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho recaiga en el proceso entre partes originarias, haya de producir efectos directos, que no reflejos, contra el interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada».

Esta no es la situación que se produjo en el proceso.

2. Pues en este proceso no se juzgaba la hipotética responsabilidad del Registrador de la Propiedad. Sólo se juzgaba la decisión desestimatoria presunta de la DGRN, «órgano este del que depende jerárquicamente el Registrador de la Propiedad, y que es quien realmente plasma la voluntad del

órgano administrativo decisor, pues es ante este último ante quien culmina el procedimiento administrativo».

3. Que la actuación del Registrador es susceptible de responsabilidad, que puede serle exigida por cualquiera de las vías existentes en nuestro Ordenamiento, «pero ello en absoluto legitima su presencia en este procedimiento por cuanto que, cualquiera que fuese su resolución, favorable o desfavorable, siempre permanecería abierta la posibilidad de que cualquier afectado decidiese exigirle dicha responsabilidad, y entonces, y sólo entonces podría defenderse por las vías legales, sin que a dicha defensa le proporcionase un plus de eficacia o legalidad el hecho de haber intervenido como parte» en el presente procedimiento.

4. Además, considera improcedente su participación como «interesado», con base en un argumento legal: «Cuando el legislador no consideró procedente legitimarlo para intervenir en él más que en un supuesto específico y concreto [art. 328 LH], que no es el de autos, de tal forma que de mantener el criterio del Juez de Instancia intervendría en el procedimiento por la vía del artículo 13 LEC alguien a quien el legislador no consideró oportuno otorgar legitimación, produciéndose así el efecto no deseado de dotar taumatúrgicamente de legitimación a quien no la ostentaba originariamente».

5. Y por último, reafirma el criterio por *reductio ad absurdum* aplicándolo al caso, al decir que con ocasión del actual artículo 13 LEC, no podría resultar que el Registrador, «que jerárquicamente está sometido a la DGRN, y que viene obligado al cumplimiento de sus Resoluciones, al ser considerado parte en este pleito, estaría legitimado para interponer los recursos que entendiera oportunos, aún en el caso de contrariar o contradecir con ello la voluntad de la DGRN de la que jerárquicamente depende».

2. EL FONDO DEL ASUNTO

Respecto de la cuestión principal objeto del litigio, la Sala manifiesta que se encuentra «atinadamente centrada» por el Juez de Primera Instancia en el Fundamento de Derecho V, apartado *d*) de su sentencia, y que esta cuestión consiste en: «conciliar los términos en que la actuación de Notario y Registrador debe realizarse, precisando el Juez *a quo* que de lo que se trata no es más que determinar cuáles son los particulares bastantes que la reseña notarial debe recoger para facilitar la labor o función de calificación de la escritura elaborada por el señor Notario y presentada al señor Registrador de la Propiedad para su inscripción».

«Es ciertamente extraño o cuanto menos sorprendente que la controversia planteada se mantenga en el momento presente...» Así inicia el Fundamento VI de la sentencia.

La razón de la extrañeza o de la sorpresa estriba en que considera que la cuestión debatida debiera haber quedado resuelta por la Resolución vinculante de la DGRN, de 12 de abril de 2002, y por las demás Resoluciones expresas ya referidas en este estudio, y, sin embargo, comprueba que no ha sido así.

Así pues, y tras otras consideraciones, manifiesta que el problema controvertido se circunscribe, «tan sólo a interpretar qué se entiende por reseña identificativa del documento y cuáles son los particulares que en dicha reseña debe incorporar el señor Notario para facilitar el ejercicio de su función calificadora por el señor Registrador de la Propiedad».

Es en este momento en el que la Sala manifiesta que la conclusión a la que ha llegado es diversa de la alcanzada por el Juez de Primera Instancia, lo que determina la estimación del recurso. Por ello el estudio de la argumentación de esta sentencia reviste interés:

En primer lugar, se dice aquello respecto de lo que se coincide con la sentencia apelada, y, por tanto, respecto de lo que se convalida la interpretación dada por ésta respecto del artículo 98. Y se coincide, de un lado, «en el planteamiento teórico de la cuestión», y, de otro, con la conclusión por la que «se entiende que en definitiva debe rechazarse en las escrituras notariales la utilización de fórmulas genéricas y sacramentales que potencialmente servirían para cualquier tipo de escritura con independencia de su contenido».

En segundo lugar, se expresa la divergencia: ésta se haya en la aplicación de la argumentación teórica al caso que motiva el litigio, por tanto, la divergencia consiste en un problema de subsunción. Pero no sólo, pues también lo es de apreciación parcial por parte del Juzgador del contenido de la escritura en lo relativo a la reseña de los poderes y su valoración por el señor Notario.

A juicio de la Sala, y a la vista de la escritura, «parece evidente... que el señor Notario apelante sí cumplió en la escritura que se examina las exigencias del artículo 98 de la Ley 24/2001».

Y ello porque: a) en la escritura se recoge la reseña identificativa del documento auténtico aportado para acreditar la representación alegada, «destacando de forma clara y palmaria los datos objetivos de los documentos en los que se recogen los poderes y facultades del apoderado interviniente, y b) porque, «además... proyecta expresamente el juicio de suficiencia sobre el contenido de la escritura que estaba autorizando, en los mismos términos en que se pronuncia la DGRN *a sensu contrario* en Resoluciones de 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002... y de forma más expresa en la más reciente de 30 de noviembre de 2002».

De esta última Resolución entresaca el paso en el que se dice que «ninguna objeción cabe oponer si el Notario expresa que valora suficientemente las facultades del apoderado porque del documento auténtico reseñado resulta

estar facultado para formalizar préstamos con garantía hipotecaria y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura, o utiliza otra fórmula semejante».

Dice la Sala que esto último es lo que ocurrió en el caso objeto de enjuiciamiento, en el que el Notario no se limitó a recoger la reseña identificativa del documento y utilizar la conocida fórmula sacramental: «Copias autorizadas de las referidas escrituras he tenido a la vista, y juzgo bastante para este acto», sino que además reitera el señor Notario: «Les identifico por sus reseñados documentos y les juzgo, según intervienen, con capacidad legal necesaria para otorgar la presente escritura de subrogación de préstamo hipotecario...».

Recuerda la Sala que esta fórmula es «similar cuando no idéntica a la recogida en la anterior Resolución DGRN, que es considerada suficiente y bastante por la misma para que el señor Registrador de la Propiedad pueda comprobar que en la escritura calificada figuran la reseña de los documentos auténticos de apoderamiento y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas, así como su congruencia con el contenido de la propia escritura y del Registro».

Con base en los anteriores argumentos se procedió, entiendo que ajustadamente, a la revocación parcial de la sentencia apelada, por lo que «manteniéndola en cuanto estima parcialmente la demanda formulada por el señor C. C., la revocamos y dejamos sin efecto en cuanto mantiene la calificación negativa efectuada... por el señor Registrador de la Propiedad número dos de esta ciudad, respecto del primero de los defectos apreciados en la escritura otorgada... y en su lugar ordenamos la inscripción de la escritura calificada, y todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias».

5. LA SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2003 DEL PJI NUMERO 2 DE ALICANTE

Tal y como indiqué anteriormente (*sub.* 2.3), esta sentencia ha recaído en el juicio verbal interpuesto por el señor Notario de Banyeres contra la DGRN y el señor Registrador de Alcoy, con motivo de la ya referida Resolución de 30 de septiembre, en cuanto desestimaba parcialmente el recurso que interpuso en su día contra la calificación negativa del Registrador de Alcoy.

En su demanda pretendía la revocación de la Resolución impugnada, porque desestimaba parcialmente el recurso gubernativo interpuesto, la consiguiente estimación del mismo y la rectificación de la calificación, la publicación de la sentencia en el *BOE* y en el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado a los efectos doctrinales, y, por último, la condena en costas a la parte demandada.

El Notario pretendía que se declarase por la sentencia que «la forma utilizada en la escritura calificada para expresar el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas cumple las exigencias del artículo 98 de la Ley 24/2001, y que por ende la referida escritura, tal y como fue redactada, es inscribible en el Registro de la Propiedad».

Además, sostenía que en la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 no es preciso fundamentar el acto que se pretende inscribir, ni siquiera de manera somera, cuando en la escritura calificada tras reseñar las circunstancias identificativas del documento auténtico aportado para acreditar la representación alegada, incluyendo los datos de inscripción en el Registro Mercantil se formulaba los términos del juicio de suficiencia, del modo que se ya se reprodujo anteriormente (*sub. 3*).

Los demandados se opusieron alegando los artículos 9 CE, 98 LH y 18.1 en relación con el 100 LH, y la RDGRN de 12 de abril de 2002.

La defensa del Registrador justificó que éste hubiese solicitado, para calificar la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH), la copia auténtica de la escritura de apoderamiento, en que en la escritura, cuya inscripción se pretendía, no se había insertado, ni total, ni parcialmente, ni se incorporaba el documento que acreditaba la representación (art. 166 RN). Y reafirmaba la no calificación con el siguiente razonamiento: «un acto sin poder o con poder insuficiente o extinguido es ineficaz y el asiento registral produce efectos de legitimación, fe pública registral, prioridad, etc., de ahí que además del juicio realizado por los Notarios sea necesario el control de legalidad por el Registrador».

En la Fundamentación Jurídica de la sentencia, tal y como se refiere en ella, es pieza determinante, y punto de partida, la RDGRN de 24 de abril; aunque no sólo, pues se manifiesta que también han sido tenidos en consideración los Fundamentos Jurídicos de la citada sentencia de 23 de enero del JPI número 1 de Valladolid, por compartir su criterio en lo que se refería al primero de los extremos estudiados en la misma, en tanto que lo considera análogo al caso que enjuiciaba, lo que justifica que el razonamiento jurídico sea sustancial y, también, formalmente coincidente con la sentencia de Valladolid.

No obstante, cabe referir el análisis crítico que la Juez realiza de la evolución del criterio interpretativo de la DGRN en sus Resoluciones del pasado año. Y así, manifiesta su extrañeza ante el modo en el que —según entiende— la propia Dirección llegó a cuestionar los pronunciamientos contenidos en su Resolución de 24 de abril en las posteriores Resoluciones de abril y mayo, reseñadas anteriormente, que le llegan a producir la impresión de que el Centro Directivo quiso desvincularse de sus propios pronunciamientos «desdibujando, hasta prácticamente suprimir, las exigencias de la reseña identificativa del juicio de suficiencia», al llegar a admitir que el juicio notarial de

suficiencia de las facultades representativas se emitiera en relación simplemente con el otorgamiento de la escritura, que previamente era calificada conforme al artículo 156.9 RN.

Y entiende que con esta interpretación del artículo 98 la DGRN, «en realidad transforma lo que eran dos exigencias en una sola, pues la reseña de facultades pierde autonomía respecto del juicio de suficiencia y aquélla y éste se funden en una sola proposición pretendidamente apodíctica que además ha de complementarse con la remisión a la calificación del acto efectuada por el Notario al inicio del otorgamiento. De seguir esta tesis, bastaría con la previa calificación de la escritura para que con una fórmula genérica y sacramental se estimaran cumplidas las exigencias de precepto en cuestión impidiendo, de facto, el ejercicio de la función calificadora que en materia de capacidad de los otorgantes impone al Registrador el vigente artículo 18 LH, que quedaría en este extremo vacío de contenido».

Por ello considera en el Fundamento Jurídico quinto que con la Resolución de 30 de septiembre se «vino a imponer un mayor rigor, considerando que la exigencia legal no queda cumplida con esas expresiones genéricas sino que al juicio notarial de suficiencia debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura, concreción que el Notario ha de apoyar en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso o en una referencia o relación de la esencia de tales facultades, todo ello a fin de que el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, pueda apreciar sí, en su caso, el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado o de los asientos del Registro».

Con base en los anteriores argumentos, se desestima la demanda en su totalidad, pues el Notario: «Ni efectuó transcripción, indicación, referencia o relación alguna del ámbito o extensión —esencia— de las facultades representativas del apoderado, que es lo que le exigió el Registrador en su calificación negativa... Ni proyectó el juicio de suficiencia sobre el contenido concreto de la escritura que estaba autorizando».

6. SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2003 DEL JPI NUMERO 6 DE VITORIA

Esta sentencia tiene por base los siguientes antecedentes de hecho: Don M. L., Notario de Bilbao, autorizó una escritura de préstamo hipotecario. La entidad prestamista fue la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, y en al acto del otorgamiento intervinieron sus representantes, cuyas facultades resultaban de escrituras de poder de fechas 20 de abril de 1999 y de 24 de noviembre de 1998, y de cuya vigencia hicieron manifestación. En el mismo

acto mostraron al Notario las copias autorizadas de estas escrituras, quien manifestó que de las mismas «resultan, a mi juicio, facultades bastantes para este acto, lo que bajo mi responsabilidad hago constar de conformidad con el artículo 98 de la Ley 24/2002».

La escritura fue presentada para su calificación al señor Registrador de la Propiedad de Amurrio, don Miguel A. V. M., quien, el 14 de febrero de 2003, notificó al señor Notario, por carta certificada con acuse de recibo, la denegación de la inscripción de la escritura, además, en ella le exigía para la subsanación que «acompañara o transcribiera en su parte suficiente, las copias de los poderes de los representantes de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, artículo 1.259 y artículo 18 de la LH».

El Notario interpuso recurso ante la DGRN frente a la nota del Registrador, que fue desestimado por silencio administrativo. Ante la desestimación interpuso demanda de juicio verbal contra la Administración General del Estado, que fue admitida a trámite por Resolución de 26 de diciembre de 2002.

La demanda se basó en dos motivos: *a)* De forma: Infracción del artículo 19.bis LH, pues se alegaba que al limitarse el Registrador en su nota a la cita escueta de dos preceptos legales sin más razonamiento, ni expresión de los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, carecía de motivación suficiente, y *b)* De fondo: Infracción del artículo 98 de la Ley 24/2001, en relación con el artículo 18 LH: pues se entendía que el Registrador la había cometido al exigir que se le acompañaran o transcribieran los poderes de cuya existencia y suficiencia había dado fe el Notario.

La Administración General del Estado demandada compareció y contestó a la demanda, oponiéndose a ella y alegando (concisamente) que no existía el defecto denunciado, «dado que la nota del Registrador contiene una motivación sucinta conforme al artículo 54 de la LRJAP», mientras que respecto de la alegación de fondo, simplemente adujo en su defensa la RDGR de 12 de abril de 2002.

Es de interés subrayar que en este juicio el señor Registrador de Amurrio no intervino como parte, pues ni se le citó, ni él tuvo noticia del mismo, por lo que no pudo solicitar que se le considerara como tal al amparo del artículo 13 LEC (todo ello con independencia de la fortuna de su pretensión, una vez vista la SAP de Valladolid referida en el epígrafe anterior).

El Juez dio inicio al examen del motivo de forma en el que se basaba la demanda, y para su Resolución tomó base en la doctrina del Tribunal Constitucional, relativa al deber de los órganos judiciales de motivar sus Resoluciones como una exigencia derivada del artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 CE, «pues en un Estado de Derecho hay que dar razón del derecho judicialmente interpretado y aplicado y que responde a una doble finalidad: *a)* de un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión,

haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley; b) y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos». Lo que desde luego, no obliga, ni exige que tal justificación sea ni exhaustiva, ni pormenorizada, pues «basta con que el Juzgado exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión... los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que determina aquélla» (STC 184/1998, 187/1998, 215/1998 y 206/1999).

El anterior argumento es traído a colación a fin de explicar el sentido de la RDGRN de 23 de enero de 2003, en relación con el deber de los Registradores de motivar los actos por ellos producidos en el ámbito de su actuación. Y, en concreto, cuando la calificación del señor Registrador sea desfavorable, de conformidad con los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, cuando se consignent «los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida [la calificación] exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa (cfr. art. 19 LH y RRDGRN de 2 de octubre de 1998 y 22 de marzo de 2001)... la negativa a la inscripción solicitada... [y así] podrá alegar los Fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de todos los hechos y razonamientos aducidos por el Registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso».

Con base en la anterior Doctrina, el Juez estimó el primero de los motivos en los que se fundaba la demanda, apreciando la alegación de ausencia de motivación, pues «al limitarse la citada nota a la cita de dos preceptos legales, sin razonamiento alguno, esto es, de los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión que impiden conocer, en consecuencia, las razones en las que se sustenta la decisión recurrida».

La pretensión de fondo corrió igual fortuna que la anterior, y nada debe objetarse, pues tras las diversas Resoluciones de la DGRN ya citadas (y en las que toma apoyo la sentencia), la cuestión debe considerarse pacífica. Para el recto sentido del pronunciamiento debe reiterarse cuál fue exactamente la alegación de fondo realizada por el demandante: *Infracción del artículo 98 de la Ley 24/2001 en relación con el artículo 18 LH: pues se entendía que el Registrador la había cometido al exigir que se le acompañaran o transcribieran los poderes de cuya existencia y suficiencia había dado fe el Notario.*

En congruencia con el pedimento y la Doctrina de la DGRN, el Fundamento Jurídico III finaliza diciendo que: «El señor Registrador de la Propiedad no puede exigir la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total o parcial de los poderes...», tanto menos cuando el Notario ha realizado una reseña somera de las facultades.

Así, y tras el análisis de la escritura, el Juez estima suficientes, «como hace el señor Notario —hoy actor— en la escritura, que las facultades son suficientes para el acto o contrato concreto conforme a la calificación del mismo». Por lo que concluye admitiendo la demanda al entender cumplidas «las exigencias del artículo 98 LH y las Resoluciones de la DGRN que la han interpretado».

Sin embargo, entiendo que el Juez olvida al fundar su Resolución que la DGRN no entiende cumplidos los requisitos del artículo 98 cuando se hace uso de una fórmula sacramental del estilo de la utilizada por el señor Notario en la escritura. Así dice el Centro Directivo, que «debe rechazarse en las escrituras notariales la utilización de fórmulas genéricas y sacramentales que potencialmente sirvieran para cualquier tipo de escritura con independencia de su contenido» (RDGRN de 12 de abril de 2002).

Y ello porque con fórmulas de este tipo, «ni se cumpliría el mandato del artículo 98 de la Ley 24/2001, que exige tanto la reseña identificativa del documento auténtico aportado para acreditar la representación alegada», y se impediría que el señor Registrador pudiera comprobar que en la escritura calificada figurasen la reseña de los documentos auténticos de apoderamiento, y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas, así como su congruencia con el contenido de la propia escritura y del Registro» (RDGRN de 30 de noviembre de 2002).

7. CONCLUSION

El criterio interpretativo expresado por las sentencias referidas —con la salvedad de la del JPI de Vitoria—, y las Resoluciones de la DGRN respecto del artículo 98 de la Ley 24/2001, es el que parece más conforme con el propósito último de este precepto, así como con la más adecuada incardinación del mismo en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva que se sustenta en la coordinada actuación de Notarios y Registradores. Sus funciones son previstas *hic et nunc* por la Ley a tal fin y, por ello, de modo conjunto; lo que implica que ambas son relevantes por igual al objeto de realizar la finalidad perseguida por la norma.

Evidentemente el sistema debe evolucionar, pues debe ajustarse constantemente para dar satisfacción a las necesidades de la sociedad a la que sirve. A tal fin es de indudable importancia tener en consideración los avances de la técnica, y, desde luego, en la medida que permitan reducir el mayor número posible de imperfecciones e ineficiencias del sistema de seguridad jurídica preventiva.

El cometido que Registradores y Notarios desempeñan conjuntamente en este proceso dinámico no está exento de cambios, pues igualmente muda al

compás del mismo, orientado siempre a la contemplación del modo en que mejor se satisfaga el interés general en seguridad jurídica.

En este sentido es de resaltar que el precepto que introduce el artículo 98 ha elevado el contenido de la fe pública notarial e incrementado su rigor, y, por tanto, ha corregido un defecto, haciendo potencialmente más perfecta su función dentro del sistema, y por tanto, también éste. Esta es la interpretación positiva que debe hacerse del artículo 98.

Desde luego, la modificación producida no ha afectado a la función calificadora atribuida al Registrador. A este efecto es relevante que el Legislador no haya considerado oportuno introducir al respecto modificación alguna en la función registral.

Es por ello que la DGRN, en primer lugar, recuerda que «Si el Notario se limita a expresar lacónicamente el juicio de suficiencia de las facultades representativas (v.gr., «...para el otorgamiento de esta escritura...»), o expresiones análogas) sin una referencia concreta a la razón o razones en que basa su apreciación, impide al Registrador el ejercicio de su función calificadora, al no poder éste comprobar si existe armonía o coherencia entre la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas y el contenido de la escritura».

Y, en segundo lugar, corrige el resultado del razonamiento que parte de la premisa: la Ley ha elevado la fe pública notarial, por tanto, es bastante, y a todos los efectos, que el Notario asevere bajo su responsabilidad que el representante tiene facultades suficientes para otorgar el acto de que se trate y que por eso autoriza la escritura. Así se comprende que diga: «que si tal criterio se llevara a sus últimas consecuencias, ni siquiera sería necesario expresar el juicio notarial de suficiencia... Por ello, ha de entenderse que la exigencia legal no queda cumplida con esas expresiones genéricas, sino que al juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas, exigido por la ley, debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura que otorgan las partes».

Este mismo criterio ha sido asumido por las referidas sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia de Valladolid, con la única salvedad referida del Juzgado de Vitoria, que presumiblemente será corregida en grado de apelación, al presentar, en mi modesto entender, una falta de sintonía notable con las Resoluciones de la DGRN y con el criterio interpretativo que cabe extraer de las sentencias estudiadas, entre las cuales presenta especial interés el «caso de Valladolid», gracias a la atinada sentencia recaída en grado de apelación, y que permite comprender cómo si en la escritura sólo se hubiera hecho uso de la fórmula sacramental, la Audiencia habría revalidado la sentencia de Primera Instancia, mientras que al haber dicho el Notario en la escritura poco más adelante que «Les identifico por sus reseñados documentos y les juzgo, según intervienen, con capacidad legal necesaria para otorgar

la presente escritura de subrogación en préstamo hipotecario a interés variable» quedan perfectamente cumplidos los requerimientos legales, por lo que resultaba insostenible la calificación negativa del Registrador.

En definitiva, la fórmula utilizada por el Notario resulta ser de gran importancia para que, eventualmente, éste pudiera fundar con éxito la defensa del cumplimiento de los requisitos del tantas veces citado artículo 98.

Es por ello que, aparte de la referida en el párrafo anterior, parece que también puede acordarse que realizarían tales requisitos fórmulas como las siguientes: «...tengo a la vista copia del poder otorgado por... a favor de... ante el Notario de... Don... el día... con el número de protocolo... (en su caso: debidamente inscrito...) del que, a mi juicio y bajo mi responsabilidad, resulta que el compareciente tiene facultades representativas suficientes para formalizar esta escritura *por cuanto* que está expresamente facultado para segregar y vender bienes inmuebles sin limitación alguna»; o «*por cuanto* que está facultado para conceder préstamos hipotecarios hasta la cuantía máxima de...», o «*por cuanto* que está facultado para vender e hipotecar bienes inmuebles sin limitaciones».

LORENZO PRATS ALBENTOSA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Cantabria
pratsl@unican.es

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 8-5-2003. Congreso de los Diputados. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 2/2003, de 25-4-2003, de medidas de reforma económica.

JEFATURA DEL ESTADO

— Corrección de errores. Ley 44/2002. 22-11-2002. Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

— Ley Orgánica 5/2003. 27-5-2003. Modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26-9-1979, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28-12-1988, de Demarcación y de Planta Judicial.

— Ley 7/2003. 1-4-2003. Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23-3-1995, de SRL.

— Ley 10/2003. 20-5-2003. Medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

— Ley 13/2003. 23-5-2003. Reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

— Ley 14/2003. 26-5-2003. Modificación de la Ley 50/1981, de 30-12-1981, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

— Ley 15/2003. 26-5-2003. Reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.

— Ley 16/2003. 28-5-2003. Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

— Real Decreto-ley 2/2003. 25-4-2003. Medidas de reforma económica.

— Corrección de errores. Ley 50/2002. 26-12-2002. Fundaciones.

— Corrección de errores. Ley 52/2002. 30-12-2002. Presupuestos Generales del Estado para el año 2003.

— Corrección de errores. Ley 53/2002. 30-12-2002. Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo Reglamentario 3/2003. 12-3-2003. Pleno del CGPJ. Modifica el Reglamento 1/2000, de 26-7-2000, del CGPJ, de los Organos de Gobierno de los Tribunales.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 178/2003. 14-2-2003. Sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Real Decreto 253/2003. 28-2-2003. Incorpora al ordenamiento español la Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7-6-1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto a las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias.

— Real Decreto 466/2003. 25-4-2003. Crea la Subdelegación del Gobierno en Madrid.

— Orden 1019/2003. 24-4-2003. Transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 416/2003. 4-2-2003. Constituye el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles.

— Orden 469/2003. 19-2-2003. Regula el índice informatizado de los Notarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 1643/2000.

— Resolución de 28-1-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 26, 27 y 28-2-2003, a efectos registrales, en los RRPP de A Coruña, números 2 y 6.

— Resolución de 6-2-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 25, 26 y 27-2-2003, a efectos registrales, en el RP de Riaza.

— Resolución de 14-2-2003. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, existentes en toda España, para su provisión en concurso ordinario número 262.

- Resolución de 17-2-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 12, 13 y 14-3-2003, a efectos registrales, en el RP de A Coruña, número 1.
- Resolución de 21-2-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 26, 27 y 28-3-2003, a efectos registrales, en el RP de A Coruña, número 3.
- Resolución de 6-3-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 2, 3 y 4-4-2003, a efectos registrales, en el RP de A Coruña, número 7.
- Resolución de 17-3-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 26, 27 y 28-3-2003, a efectos registrales, en el RP y RM de Avila.
- Resolución de 11-3-2003. DGRN. Aprueba la lista provisional de solicitantes admitidos a las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles.
- Resolución de 20-3-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 14, 15 y 16-4-2003, a efectos registrales, en el RP de Badalona, número 1, Badalona número 2 y Badalona número 3.
- Resolución de 4-4-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 28 y 29-4-2003, a efectos registrales, en el RP de La Bisbal d'Empordà.
- Resolución de 12-4-2003. DGRN. Hacen públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso número 262.
- Resolución de 14-4-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 14, 15 y 16-5-2003, a efectos registrales, en el RP de Rubí.
- Resolución de 21-4-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 7, 8 y 9-5-2003, a efectos registrales, en el RP de Gavá.
- Instrucción de 18-3-2003. DGRN. Artículo 107 de la Ley 24/2001, de 27-12-2001, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social.

MINISTERIO DE ECONOMIA

- Real Decreto 180/2003. 14-2-2003. Modifica el Real Decreto 1636/1990, de 20-12-1990, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 19/1988, de 12-7-1998, de Auditoría de Cuentas.
- Real Decreto 181/2003. 14-2-2003. Desarrolla el régimen de aplicación de la tasa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por emisión de informes de auditoría de cuentas.
- Resolución de 5-3-2003. Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Regula los Creadores de Mercado de Deuda Pública del Reino de España.
- Corrección de erratas y errores. Real Decreto 180/2003. 14-2-2003. Modifica el Real Decreto 1636/1990, de 20-12-1990, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 19/1988, de 12-7-1988, de Auditoría de Cuentas.

— Real Decreto 330/2003. 14-3-2003. Modifica el Real Decreto 1560/1992, de 18-12-1992, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-93).

— Real Decreto 378/2003. 28-3-2003. Desarrolla la Ley 16/1989, de 17-7-1989, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

— Real Decreto 432/2003. 11-4-2003. Modifica el Real Decreto 1197/1991, de 26-7-1991, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

— Orden 755/2003. 20-3-2003. Regula la presentación por vía telemática de las declaraciones posteriores a través de intermediarios financieros relativos a operaciones de inversión en valores negociables.

— Orden 805/2003. 27-3-2003. Normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

— Resolución de 26-3-2003. Dirección General de Comercio e Inversiones. Especifica los modelos normalizados y las instrucciones que deben utilizar los intermediarios financieros para la presentación por vía telemática, prevista en el anexo I, I.2.3 y en el anexo II, I.2.3 de la Resolución de 31-5-2001, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, de las declaraciones de inversiones extranjeras en valores negociables cotizados en mercados españoles y de inversiones españolas en valores negociables cotizados en mercados extranjeros.

— Resolución de 24-4-2003. Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Modifica parcialmente la Resolución de de 5-3-2003, por la que se regulan los Creadores de Mercado de Deuda Pública del Reino de España.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 18-2-2003. Hace públicos mensualmente los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 18-3-2003. Hace públicos mensualmente los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 20-5-2003. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE HACIENDA

— Real Decreto 116/2003. 31-1-2003. Modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26-2-1999, y el Real Decreto 1080/1991, de 5-7-1991, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, aptdo. 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27-5-1991, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27-12-1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

— Real Decreto 252/2003. 28-2-2003. Modifica el Reglamento del IS aprobado por Real Decreto 537/1997, de 14-4-1997, así como el Real Decreto 2281/1998, de 23-10-1998, por el que se desarrollan las disposiciones aplicables a determinadas obligaciones de suministro de información a la Administración tributaria y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 1307/1988, de 30-9-1988, y el Real Decreto 2027/1995, de 22-12-1995, por el que se regula la declaración anual de operaciones con terceras personas.

— Orden 117/2003. 31-1-2003. Aprueba los modelos para comunicar a la Administración tributaria el cambio de residencia a los efectos de la práctica de retenciones sobre los rendimientos del trabajo y se regula la forma, lugar y plazo para su presentación.

— Orden 157/2003. 30-1-2003. Eleva el límite exento de la obligación de aportar garantía en las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a 6.000 euros.

— Orden 225/2003. 11-2-2003. Desarrolla para el año 2003 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 539/2003. 10-3-2003. Aprueba los diseños físicos y lógicos, modelo 186, a los que debe ajustarse la información mensual a suministrar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria acerca de determinados datos obrantes en el Registro Civil relativos a nacimientos y defunciones, para su presentación por soporte directamente legible por ordenador, y se establece el procedimiento para su presentación telemática por teleproceso.

— Orden 573/2003. 13-3-2003. Aprueba los modelos de declaración IRPF y del IP para el ejercicio 2002, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 581/2003. 13-3-2003. Fija el precio de venta de los impresos de los modelos de declaración simplificada y ordinaria del IRPF, del modelo de declaración del IP y de los Programas de Ayuda para la declaración anual de ambos impuestos y del IS.

— Orden 661/2003. 24-3-2003. Aprueba el modelo de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y

contencioso-administrativo y se determinan el lugar, la forma y los plazos para su presentación.

— Resolución de 15-1-2003. Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2003.

— Resolución de 22-1-2003. Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Actualiza el Arancel Integrado de Aplicación (TARIC).

— Resolución de 10-2-2003. Dirección General del Catastro, por la que se hace pública la relación de municipios a que se refiere la DF 1.^a de la Ley 53/2002, de 30-12-2002, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social.

— Resolución de 2/2003. 14-2-2003. Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Determinados aspectos relacionados con la facturación telemática.

— Resolución de 24-2-2003. Dirección General Agencia Estatal de Administración Tributaria. Establece las tablas de devolución que deberán aplicar las entidades autorizadas a intervenir como entidades colaboradoras en el procedimiento de devolución del IVA en régimen de viajeros regulado en el artículo 21, número 2.º, de la Ley 37/1992, de 28-12-1992, del IVA.

— Resolución de 27-2-2003. Presidencia Agencia Estatal de Administración Tributaria. Modifica la Resolución de 16-1-2003, que aprueba el modelo de solicitud de devolución y el modelo de comunicación de datos adicionales por el IRPF, ejercicio 2002, que podrán utilizar los contribuyentes no obligados a declarar por dicho Impuesto que soliciten la correspondiente devolución, y se determinan el lugar, plazo y forma de presentación de los mismos, así como las condiciones para su presentación telemática.

— Orden 729/2003. 28-3-2003. Establece los supuestos y las condiciones generales para el pago por vía telemática de las tasas que constituyen recursos de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

— Orden 958/2003. 10-4-2003. Aprueba los modelos de declaración-liquidación del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes para los períodos impositivos iniciados entre el 1-1-2002 y el 31-12-2002, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Corrección de errores. Orden 958/2003. 10-4-2003. Aprueba los modelos de declaración-liquidación del IS y del Impuesto sobre la Renta de no residentes correspondiente a establecimientos permanentes para los períodos impositivos iniciados entre el 1-1-2002 y el 31-12-2002, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 1149/2003. 5-5-2003. Establece las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por Internet de los documentos utilizados en la gestión de Impuestos Especiales y se modifica la Orden 22-3-2000, por la que se aprueban los nuevos modelos de relaciones recapitulativas y los soportes magnéticos de documentos de acompañamiento expedidos y de documentos de acompañamiento recibidos en tráfico intracomunitario, incluidos los simplificados.

— Resolución de 22-4-2003. Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Modifica el Anexo I de la Resolución de 6-5-1993, por la que se dictan instrucciones en relación con los ingresos o solicitudes de devolución por el IRPF e ingresos por el IP en el caso de residentes en el extranjero, e ingresos derivados de las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondientes a contribuyentes no residentes sin establecimiento permanente a través de entidad colaboradora.

— Resolución de 28-4-2003. Dirección General Catastro. Aprueba los programas y aplicaciones informáticas para la consulta de datos catastrales y la obtención de certificados catastrales telemáticos.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1424/2002. 27-12-2002. Regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla.

— Orden 118/2003. 31-1-2003. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 52/2002, de 30-12-2002, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003.

— Corrección de errores. Orden 2926/2002. 19-11-2002. Establece nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico.

— Real Decreto 286/2003. 7-3-2003. Establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social.

— Real Decreto 463/2003. 25-4-2003. Reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual para los trabajadores por cuenta propia.

— Orden 770/2003. 14-3-2003. Desarrolla el Real Decreto 1424/2002, de 27-12-2002, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla.

— Resolución de 8-4-2003. Dirección General Tesorería General Seguridad Social. Implantación del estándar de comunicaciones basado en el protocolo IP, conocido como Internet, como única plataforma de comunicación entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los autorizados al sistema de remisión electrónica de datos (RED).

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 508/2003. 4-3-2003. Determina el volumen máximo de préstamos cualificados a conceder por entidades de crédito para financiar el programa 2003 del Plan de Vivienda 2002-2005 y se asigna territorialmente parte del mismo.

— Resolución de 7-3-2003. Secretaría de Estado de Infraestructuras. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7-3-2003, por el que se modifica el tipo de interés efectivo anual vigente para los préstamos cualificados concedidos o que se concedan en el ámbito del Plan de Vivienda 2002-2005.

— Resolución de 7-3-2003. Secretaría de Estado de Infraestructuras. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7-3-2003, por el que se fijan los tipos de interés efectivo aplicables a los préstamos cualificados concedidos por las entidades de crédito en el marco de los convenios suscritos con el Ministerio de Fomento o Ministerios precursores, para financiar actuaciones protegibles de los programas de 1993 y 1997 de los Planes de Vivienda 1992-1995 y 1996-1999.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 318/2003. 14-3-2003. Modifica el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25-2-1994, para adaptarlo a la Ley 19/2001, de 19-12-2001, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2-3-1990.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS

— Real Decreto 292/2003. 7-3-2003. Modifica parcialmente el Real Decreto 774/1997, de 30-5-1997, por el que se establece la nueva regulación del Instituto de la Mujer.

— Real Decreto 469/2003. 25-4-2003. Modificación parcial de la estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

— Real Decreto 601/2003. 23-5-2003. Traspasa las funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de gestión del IP y de los tributos sobre el juego.

MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGIA

— Real Decreto 401/2003. 4-4-2003. Aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

— Orden 1296/2003. 14-5-2003. Desarrolla el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 401/2003, de 4-4-2003.

COMUNIDADES AUTONOMAS

Andalucía.—Orden 31-1-2003. Convoca ayudas económicas personales a jóvenes andaluces para contribuir a los gastos de acceso a viviendas libres en régimen de propiedad adquiridas entre el 1-5 y el 31-12-2002.

— Orden 13-2-2003, por la que se establece el procedimiento para la tramitación de la subvención a los adquirentes en primera transmisión de viviendas de protección oficial de promoción pública.

— Ley 2/2003. 12-5-2003. Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía.

— Decreto 63/2003. 11-3-2003. Amplía la delimitación del conjunto histórico de Córdoba.

— Decreto 95/2003. 8-4-2003. Regula la Red de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y su Registro.

— Decreto 108/2003. 22-4-2003. Modifica determinados artículos del Decreto 402/1986, de 30-12-1986, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Reforma Agraria.

— Orden 25-3-2003. Modifica la Orden 18-11-2002, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para la incorporación de las familias andaluzas al uso de las nuevas tecnologías en desarrollo del Decreto 137/2002, de 30-4-2002, de apoyo a las familias.

— Orden 21-4-2003. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2003.

— Resolución de 10-4-2003. Hace públicas las características que ha de cumplir el equipamiento informático mínimo, los requisitos que han de reunir las empresas adheridas y los plazos, formularios y modelos para la presentación de solicitudes de adhesión, relativos al programa de ayudas para la incorporación de las familias andaluzas al uso de las nuevas tecnologías regulado por Orden que se cita, en desarrollo del Decreto 137/2002, de 30-4-2002, de apoyo a las familias andaluzas.

— Corrección de errores. Orden 25-3-2003. Modifica la Orden 18-11-2002, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para la incorporación de las familias andaluzas al uso de las nuevas tecnologías, en desarrollo del Decreto que se cita.

Aragón.—Ley 2/2003. 12-2-2003. Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

— Ley 16/2003. 24-3-2003. Sobre publicidad institucional.

— Decreto 54/2003. 11-3-2003. Modifica el Decreto 50/2000, de 14-3-2000, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Medio Ambiente.

— Decreto 65/2003. 8-4-2003. Regula el Consejo Aragonés del Cooperativismo.

— Decreto 67/2003. 8-4-2003. Aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo Aragonés de la Adopción.

Asturias.—Ley 1/2003. 24-2-2003. Servicios Sociales.

— Ley 3/2003. 24-3-2003. Sindicatura de cuentas.

— Ley 16/2002. 30-12-2002. Modificación de la Ley 2/2000, de 2-6-2000, de Cajas de Ahorro, para adaptarla a la Ley 44/2000, de 22-11-2000, de medidas de reforma del sistema financiero.

— Ley 2/2003. 17-3-2003. Medios de Comunicación Social.

— Ley 4/2003. 24-3-2003. Declaración del Parque Natural de Ponga.

— Decreto 30/2003. 30-4-2003. Regula la adjudicación de viviendas promovidas por el Principado de Asturias.

— Decreto 34/2003. 30-4-2003. Viviendas vacacionales.

— Decreto 35/2003. 30-4-2003. Regula el Registro de Empresas y Actividades Turísticas.

Baleares.—Ley 1/2003. 20-3-2003. Cooperativas de las Illes Balears.

— Decreto 7/2003. 31-1-2003. Regula las ayudas complementarias al Plan de Vivienda Estatal 2002/2005.

— Decreto 20/2003. 28-2-2003. Aprueba el reglamento de Supresión de Barreras Arquitectónicas.

— Orden 27-2-2003. Establece las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas destinadas al fomento de la economía social.

— Ley 3/2003. 26-3-2003. Régimen jurídico de la administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Ley 5/2003. 4-4-2003. Salud de las Illes Balears.

— Decreto 24/2003. 28-3-2003. Aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

— Decreto 42/2003. 2-5-2003. Modifica el Decreto 92/1989, de 19-10-1989, de regulación de órganos rectores de las Cajas de Ahorros con domicilio social en las Illes Balears, y se regula la obra social de las Cajas de Ahorros que operen en las Illes Balears.

— Decreto 45/2003. 2-5-2003. Regula los acogimientos familiares y la adopción.

— Decreto 49/2003. 9-5-2003. Declara las zonas sensibles en las Illes Balears.

— Decreto 50/2003. 9-5-2003. Constituye un centro de intercambio de derechos de uso agrario del agua.

— Orden 21-5-2003. Regula el procedimiento para la presentación y pago telemático de tributos cuya gestión corresponda a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Instrucción 1/2003. 21-3-2003. Actualiza para el año 2003 los criterios a considerar por la Consejería de Hacienda y Presupuestos para la comprobación del valor real de los bienes inmuebles situados en el territorio de las Illes Balears en el ITPAJD y en el IS y D.

Canarias.—Ley 2/2003. 30-1-2003. Vivienda de Canarias.

— Ley 3/2003. 12-2-2003. Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Ley 4/2003. 28-2-2003. Asociaciones de Canarias.

— Ley 5/2003. 6-3-2003. Regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Decreto 32/2003. 10-3-2003. Regula la inserción sociolaboral en empresas de inserción.

— Resolución de 12-2-2003. Publicidad del Convenio entre la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, para el acceso a las bases de datos de los RRMM.

— Ley 9/2003. 3-4-2003. Medidas Tributarias y de Financiación de las Haciendas Territoriales Canarias.

— Ley 10/2003. 3-4-2003. Reguladora de la Licencia Comercial Específica.

— Ley 12/2003. 4-4-2003. Servicio Canario de Empleo.

— Ley 13/2003. 4-4-2003. Educación y Formación Permanente de Personas Adultas de Canarias.

— Ley 14/2003. 8-4-2003. Puertos de Canarias.

— Ley 15/2003. 8-4-2003. Mediación familiar.

— Ley 17/2003. 10-4-2003. Pesca de Canarias.

— Ley 18/2003. 11-4-2003. Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias.

— Decreto 41/2003. 7-4-2003. Modifican los Decretos 34/1995, de 24-2-1995, y 12/1996, de 26-1-1996, por los que se subvenciona la adquisición de determinadas viviendas de protección oficial de titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Decreto 42/2003. 7-4-2003. Aprueba el Reglamento de la Ley 7/1998, de 6-7-1998, de Caza de Canarias.

— Decreto 48/2003. 30-4-2003. Aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador en materia de atención a menores.

— Decreto 79/2003. 12-5-2003. Regula el sistema agrícola de producción integrada de Canarias.

— Decreto 102/2002. 26-7-2002. Aprueba el Plan Hidrológico Insular de El Hierro.

— Orden 11-4-2003. Regula el requisito previsto en el artículo 5, número 1, letra f) del Decreto 16/2003. 10-2-2003, que regula la presentación de declaraciones por medio de representante con el fin de proceder al despacho de importación y exportación relativo a los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

— Orden 11-4-2003. Establece el modelo de autorización en la representación a que se refieren los artículos 3 y 5.3 del Decreto 16/2003, de 10-2-2003, que regula la presentación de declaraciones por medio de representante con el fin de proceder al despacho de importación y exportación relativo a los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

— Orden 23-4-2003. Modifica la Orden de 24-3-1998, que aprueba el modelo 412 «declaración-liquidación ocasional» del Impuesto General Indirecto Canario.

— Corrección de errores. Ley 19/2003. 14-4-2003. Aprueba las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias.

Cantabria.—Ley 1/2003. 18-3-2003. Creación del Servicio Cántabro de Empleo.

Castilla-La Mancha.—Ley 4/2003. 27-2-2003. Ordenación de los servicios jurídicos de la administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Ley 5/2003. 27-2-2003. Declara el Parque Natural del Barranco del Río Dulce.

- Ley 9/2003. 20-3-2003. Vías pecuarias de Castilla-La Mancha.
- Decreto 33/2003. 25-3-2003. Modifica el Decreto 141/1996, de 9-12-1996, por el que se aprueba el reglamento general de aplicación de la Ley 2/1993, de 15-7-1993, de caza de Castilla-La Mancha.
- Decreto 52/2003. 15-4-2003. Nombra Registradora y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
- Corrección de errores. Ley 1/2003. 17-01-2003. Modificación de la Ley 2/1998, de 4-6-1998, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.
- Castilla y León.*—Ley 1/2003. 3-3-2003. Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León.
- Ley 5/2003. 3-4-2003. Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León.
- Ley 6/2003. 3-4-2003. Reguladora de la Asistencia Jurídica a la Comunidad de Castilla y León.
- Ley 7/2003. 8-4-2003. Reforma de la Ley 5/2001, de 4-7-2001, de Cajas de Ahorro de Castilla y León.
- Ley 8/2003. 8-4-2003. Derechos y deberes de las personas en relación con la salud.
- Ley 10/2003. 8-4-2003. Creación del Servicio Público de Empleo de Castilla y León.
- Ley 11/2003. 8-4-2003. Prevención Ambiental de Castilla y León.
- Decreto 43/2003. 15-4-2003. Modifica el Reglamento General de ordenación de los recursos agropecuarios locales, aprobado por el Decreto 307/1999, de 9-12-1999.
- Decreto 45/2003. 24-4-2003. Modifica el Reglamento de la Ley 6/1987, de 7-5-1987, de Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León, aprobado por el Decreto 250/1998, de 30-11-1998.
- Extremadura.*—Ley 1/2003. 27-2-2003. Cooperación para el Desarrollo.
- Decreto 8/2003. 28-1-2003. Aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción de la Accesibilidad en Extremadura.
- Corrección de errores. Decreto 60/2003. 8-5-2003. Dicta normas de gestión para la aplicación del Impuesto sobre los Depósitos de las Entidades de Crédito.
- Corrección de errores. Decreto 68/2003. 8-5-2003. Modifica el Decreto 180/2001, de 20-11-2001, por el que se establece el programa de fomento de la contratación indefinida por las pequeñas y medianas empresas, empresas de la economía social y otras entidades privadas de Extremadura.
- Galicia.*—Orden 20-3-2003. Regula las ayudas complementarias destinadas a jóvenes adquirentes de viviendas de protección pública.

— Orden 23-5-2003. Regula la subvención de los gastos derivados de la constitución de hipoteca y de las subrogaciones hipotecarias, destinada a jóvenes que accedan a su primera vivienda en propiedad.

La Rioja.—Ley 3/2003. 3-3-2003. Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Ley 4/2003. 26-3-2003. Conservación de Espacios Naturales de La Rioja.

— Ley 7/2003. 26-3-2003. Inserción Sociolaboral.

— Decreto 16/2003. 11-4-2003. Regula los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros en desarrollo de la Ley 31/1985, de 2-8-1985, modificada por la Ley 44/2002, de 22-11-2002, de medidas de reforma del sistema financiero.

— Decreto 18/2003. 7-5-2003. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de La Rioja.

— Decreto 19/2003. 20-5-2003. Crea y regula el Consejo Riojano de Relaciones Laborales.

Madrid.—Ley 4/2003. 11-3-2003. Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid.

— Decreto Legislativo 1/2002. 24-10-2002. Aprueba el texto refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 31/2003. 13-3-2003. Aprueba el Reglamento de Prevención de Incendios de la Comunidad de Madrid.

— Orden 30-1-2003. Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes. Establecen los precios máximos de venta de las viviendas protegidas.

— Ley 8/2003. 26-3-2003. Modificación de la Ley 15/1994, de 28-12-1994, del Deporte de la Comunidad de Madrid.

— Ley 9/2003. 26-3-2003. Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid.

— Ley 11/2003. 27-3-2003. Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 51/2003. 10-4-2003. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 52/2003. 10-4-2003. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Bienes de Interés Cultural de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 57/2003. 24-4-2003. Modifica el Decreto 68/2002, de 25-4-2002, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas.

— Decreto 64/2003. 8-5-2003. Aprueba el Reglamento del Consejo de la Juventud de la Comunidad de Madrid.

— Orden 21-4-2003. Nombra Registradores de la Propiedad con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

— Corrección de errores. Ley 4/2003. 11-3-2003. Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid.

Murcia.—Ley 4/2003. 10-4-2003. Regulación de los tipos aplicables en el ITPAJD a las viviendas acogidas al Plan de Vivienda Joven de la Región de Murcia.

— Ley 5/2003. 10-4-2003. Modificación de la Ley 3/1998, de 1-7-1998, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia.

— Orden 7-5-2003. Aprueba el modelo de certificado para la aplicación de los tipos de gravamen reducidos del ITPAJD a las viviendas acogidas al Plan de Vivienda Joven de la Región de Murcia.

— Orden 9-5-2003. Regula el procedimiento general para el pago y presentación telemática de declaraciones.

— Orden 13-5-2003. Establece el procedimiento para la obtención del Certificado Oficial emitido por el Instituto de Vivienda y Suelo de la Región de Murcia para acogerse a los beneficios del Plan de Vivienda Joven de la Región de Murcia 2003-2005.

Navarra.—Ley Foral 13/2003. 17-3-2003. Cuentas Generales de Navarra de 2001.

— Ley Foral 16/2003. 17-3-2003. Modificación parcial de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Ley Foral 17/2003. 17-3-2003. Desarrollo rural de Navarra.

— Decreto Foral 279/2002. 3012-2002. Determina los módulos aplicables a actuaciones protegibles en materia de vivienda para 2003.

— Decreto Foral 1/2003. 13-1-2003. Modifica el Reglamento de la Inspección Tributaria de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, aprobado por Decreto Foral 152/2001, de 11-6-2001; el Decreto Foral 153/2001, de 11-6-2001, de desarrollo de las disposiciones de la Ley Foral General Tributaria en materia de infracciones y sanciones tributarias de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y el Reglamento de Recaudación de la Comunidad Foral de Navarra, aprobado por Decreto Foral 177/2001, de 2-7-2001.

— Decreto Foral 2/2003. 13-1-2003. Modifica el Reglamento del IS, aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1997.

— Decreto Foral 3/2003. 13-1-2003. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 4/2003. 13-1-2003. Modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral 19/2003. 27-1-2003. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, a efectos de cómputo de plazos para el año 2003.

— Decreto Foral 29/2003. 10-2-2003. Regula el uso del vascuence en las Administraciones Públicas de Navarra.

— Decreto Foral 34/2003. 17-2-2003. 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 1993, concedidos con anterioridad al 16-8-1993.

— Decreto Foral 35/2003. 17-2-2003. 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 1993, concedidos a partir del 16-8-1993.

— Orden Foral 4-12-2002. Consejero de Agricultura, Ganadería y Alimentación. Establece las Unidades de Trabajo Agrario (UTA) de aplicación al cálculo de las ayudas derivadas del Decreto Foral 162/2000, de 17-4-2000, por el que se establecen ayudas a las inversiones en explotaciones agrarias y a la primera instalación de jóvenes agricultores.

— Orden Foral 37/2003. 13-2-2003. Consejero de Economía y Hacienda. Aprueba el modelo 186 de declaración informativa de las cuentas vivienda, así como los diseños físicos y lógicos para su presentación por soporte directamente legible por ordenador.

— Orden Foral 49/2003. 26-2-2003. Consejero de Economía y Hacienda. Desarrolla para el año 2003 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Corrección de errores. Decreto Foral Legislativo 250/2002. 16-12-2002. Aprueba el Texto Refundido de las disposiciones del IS y D.

— Ley Foral 20/2003. 25-3-2003. Familias numerosas.

— Ley Foral 22/2003. 25-3-2003. Modificación de la Ley Foral 4/1988, de 11-7-1998, sobre barreras físicas y sensoriales.

— Ley Foral 24/2003. 4-4-2003. Símbolos de Navarra.

— Ley Foral 25/2003. 4-4-2003. Modificación de la Ley Foral 17/2001, de 12-7-2001, reguladora del comercio en Navarra.

— Ley Foral 28/2003. 4-4-2003. Modificación de la Ley Foral 1/1993, de 17-2-1993, de creación del Consejo Navarro de Medio Ambiente.

— Ley Foral 29/2003. 4-4-2003. Modifica parcialmente la Ley Foral 11/2002, de 6-5-2002, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

— Decreto Foral 59/2003. 24-3-2003. Aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Foral 1/2002, de 7-3-2002, de Infraestructuras Agrícolas.

— Decreto Foral 67/2003. 7-4-2003. por el que se modifica el Decreto Foral 276/2001, de 1-10-2001, que regula medidas de financiación y apoyo de actuaciones protegibles en materia de vivienda, fomento de la edificación residencial, inspección y control, régimen de precios y descalificación de viviendas de protección oficial en Navarra.

— Decreto Foral 72/2003. 7-4-2003. Modifica el Decreto Foral 162/2000, de 17-4-2000, por el que se establecen ayudas a las inversiones en explotaciones agrarias y a la primera instalación de jóvenes agricultores.

— Decreto Foral 85/2003. 14-4-2003. Modifica los apartados Uno y Tres.5 del artículo 71 del Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999.

— Decreto Foral 91/2003. 28-4-2003. Modifica el Decreto Foral 361/2000, de 20-11-2000, por el que se establece un nuevo régimen de ayudas a la inversión y el empleo.

— Decreto Foral 126/2003. 20-5-2003. Regula ayudas económicas por maternidad.

— Decreto Foral 127/2003. 20-5-2003. Regula el procedimiento para el abono anticipado de la deducción por pensiones de viudedad.

— Orden Foral 40/2003. 17-2-2003. Aprueba modelos de carta de pago de sanciones por infracciones y de recargo por declaración extemporánea e intereses.

— Orden Foral 82/2003. 26-3-2003. Dispone la publicación de la relación de Entidades que prestan el servicio de ayuda para la confección de las autoliquidaciones correspondientes al IRPF e IP.

— Orden Foral 100/2003. 14-4-2003. Aprueba los modelos de declaración correspondientes al IRPF e IP del ejercicio 2002.

— Orden Foral 117/2003. 22-4-2003. Regula la presentación telemática de declaraciones del IRPF e IP para el ejercicio 2002.

— Orden Foral 131/2003. 28-4-2003. Aprueba los modelos del IS S-90, de autoliquidación para los ejercicios iniciados entre el 1-1-2002 y el 31-12-2002, y S-91, de declaración-liquidación de pagos fraccionados, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

País Vasco.—N.F. 9/2002. 25-11-2002. Dicta diversas disposiciones en relación con el IBI.

— N.F. 1/2003. 29-1-2003. Adapta la Normativa Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa al Nuevo Concierto Económico.

— Ley 2/2003. 7-5-2003. Reguladora de las parejas de hecho.

— Ley 3/2003. 7-5-2003. Modificación de la Ley Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Decreto 90/2003. 15-4-2003. Tercera modificación del Decreto por el que se establecen distintas líneas de ayudas con fines de promoción económica.

— Orden 8-4-2003. Modifica la Orden de 9-10-2002, sobre medidas financieras para compra de vivienda.

— N.F. 17-3-2003. Reguladora de las Demarcaciones Municipales de Gipuzkoa.

— Corrección de errores. Orden 30-12-2002. Medidas financieras para rehabilitación de vivienda.

— Corrección de errores. Orden 30-12-2002. Circunstancias de necesidad de vivienda.

— Corrección de errores. Orden 315/2002. 30-12-2002. Régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.

— Corrección de errores. Decreto 317/2002. 30-12-2002. Actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado.

Valencia.—Ley 3/2003. 6-2-2003. Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana.

— Ley 8/2003. 24-3-2003. Cooperativas de la Comunidad Valenciana.

— Instrucción 17-2-2003. Director General de Arquitectura y Vivienda. Aplicación del nuevo precio básico a las actuaciones protegidas que obtengan financiación en el ámbito del programa 2003, dentro del Plan de Vivienda 2002/2005.

— Ley 9/2003. 2-4-2003. Igualdad entre Mujeres y Hombres.

— Ley 10/2003. 3-4-2003. Modificación del Texto Refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorros.

— Ley 14/2003. 10-4-2003. Patrimonio de la Generalitat Valenciana.

— Decreto 28/2003. 1-4-2003. Modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por el Decreto 29/2001, de 30-1-2001, del Consell de la Generalitat.

— Orden 10-4-2003. Desarrolla el Decreto 181/2002, de 5-11-2002, que crea el Registro Autonómico de Asociaciones de la Comunidad Valenciana.

— Corrección de errores. Ley 11/2003. 10-4-2003. Estatuto de las Personas con Discapacidad.

— Corrección de errores. Ley 14/2003. 10-4-2003. Patrimonio de la Generalitat Valenciana.

II. Información de actividades

ANDALUCIA

Los días 12 y 13 de junio de 2003 se celebró en Sevilla el SEXTO CONGRESO ANUAL DE REGISTRADORES MERCANTILES EUROPEOS, patrocinado por ECRF (European Commerce Register Forum) y bajo la Presidencia de don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO.

INAUGURACION:

Apertura de la sesión por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Presidente de ECRF.

Discurso inaugural de bienvenida a cargo de RAFAEL CÁATALA POLO, Secretario de Estado de Justicia del Reino de España.

CONFERENCIAS:

- «Publicidad registral en Europa. Hacia un espacio registral europeo», por RAFAEL ARENAS, Universidad Autónoma de Barcelona.
- «Rethinking the Register. Towards the european Registers», Proyecto Aequitas, por MAYTE HURTADO, TB Solutions.
- «Requisitos y efectos de la inscripción. Principios registrales», por PABLO CASADO, Registrador Mercantil. España.
- «Sobre la situación de la reforma del Registro de Comercio en la República Federal Alemana», por HEINZ WILLER.
- «ECRFORUM Benchmarking», por ANNIKA BRÄNSTRÖM.
- «Informe comparativo sobre los procesos de constitución de PYMES en una selección de países europeos», por MIGUEL TRÍAS.
- «La experiencia registral en otras latitudes: e-strategies in the Asia-Pacific región», por LYNN LYNCH. Companies House. Gran Bretaña.
- «Informe de la Legal Section», por DÖRTTHE KOERNER, Norway.
- «Aprovechamiento de datos contables a efectos estadísticos. XBRL y los principios contables internacionales», por MANUEL ORTEGA ORTEGA, Jefe de la División de Central de Balances.
- «Modernisation of the First Law Directive», por DOMINIQUE THIENPONT, EU Commision.
- «Medio ambiente y publicidad registral», por JOSÉ LUIS SALAZAR. Director del Departamento de Medio Ambiente del Colegio de Registradores de España.
- «Experiencias sobre la constitución on-line de sociedades», por PASCAL BEDER, Francia, y LONE SNEHOLT/METTE JORGENSEN, Dinamarca.
- «Progress on cr XML», por PAUL FARREL, Irlanda.
- «El control sobre la novedad de las denominaciones sociales. Experiencia del Registro Mercantil Central de España», por JOSÉ LUIS BENAVIDES, Registrador Mercantil.
- «Discurso de Clausura», por LUIS DE GUINDOS, Secretario de Estado de Economía del Reino de España.

ARAGON**JORNADAS, CURSOS Y CONFERENCIAS CELEBRADOS
EN LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON
(marzo-junio 2003)**

El 21 de marzo se impartió, en este Decanato, el curso INTERNET PARA REGISTRADORES.

En las fechas 26 y 27 de marzo, el 7 y 8 de abril y el 10 de junio, se impartieron los cursos INFORMATICA PARA REGISTRADORES.

Los días 15 y 16 de abril, la Cátedra «Miguel del Molino» (Institución Fernando el Católico), organizó el curso REFLEXIONES SOBRE LA LEY ARAGONESA DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL Y DE VIUDEDAD, siendo Ponentes, entre otros, don JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA y don JOSÉ GARCÍA ALMAZOR.

El 28 de abril tuvo lugar la JORNADA SOBRE LA LEY DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL Y DE VIUDEDAD, organizada por el Justicia y el Gobierno de Aragón y colaborando, entre otros, este Decanato.

Los días 20 y 21 de mayo, la Agrupación de Abogados Jóvenes de Zaragoza organizó la I JORNADA SOBRE DERECHO DE FAMILIA ARAGONES.

Los días 22 de mayo, 10 y 11 de junio, se impartió el CURSO PARA EMPLEADOS DE LOS REGISTROS SOBRE LA LEY 2/2003, a cargo de don JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA y don JOAQUÍN J. ORIA ALMUDI.

El día 23 de mayo tuvo lugar en este Decanato, una CLASE TEORICA SOBRE REGISTROS PARA ESTUDIANTES DE DERECHO.

El 27 de mayo tuvo lugar el Seminario de Jurisprudencia Civil aragonesa organizado por la Institución Fernando el Católico.

El día 13 de junio celebramos, junto con el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, la FESTIVIDAD DE NUESTRO PATRONO SAN JUAN EVANGELISTA.

El 25 de junio tuvo lugar, en el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, la CLAUSURA DEL CURSO 2002-2003 DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION, en la que dio su discurso de ingreso doña ROSA MARÍA BANDRÉS Y SÁNCHEZ-CRUZAT.

En fecha 27 de junio se hizo, en este Decanato, la DEMOSTRACION SOBRE LA APLICACION CORPME DE LA LEY.

El día 27 de junio se celebró la IMPARTICION SOLEMNE DE LA ULTIMA LECCION DEL CURSO DE LA ESCUELA DE PRACTICA JURIDICA a cargo del Excmo. Señor don ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS, Fiscal Jefe del TSJ de Aragón.

MADRID

El día 19 de junio de 2003 se celebró una JORNADA DE DERECHO URBANISTICO, organizada por la Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente (con motivo de la publicación del número 200) y en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

PRESENTACION:

Por el Excmo. Señor don FRANCISCO JOSÉ HERNANDO SANTIAGO, Presidente del Consejo del Poder Judicial.

PONENCIAS:

- «El control del planeamiento urbanístico», por el Excmo. Señor don MARIANO DE ORO-PULIDO LÓPEZ, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «Clasificación y desclasificación del suelo», por el Ilmo. Señor don ANGEL MENÉNDEZ REXACH, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «Urbanismo y medio ambiente», por el Excmo. Señor don SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «Las transformaciones del Derecho Urbanístico y su reflejo en la Rdu», por el Ilmo. Señor don MARTÍN BASSOLS COMA, Catedrático de Derecho Administrativo.

Los días 26 a 29 de junio de 2003 se celebró en Madrid un SEMINARIO SOBRE PRUEBA DOCUMENTAL, organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

PRESENTACION:

Saludo del Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

PRIMERA PONENCIA:

- «Interpretación de los artículos 1.218 del Código Civil; 319 LEC, 17 bis LN y 98 de la Ley 24/2001».
Deliberación de los participantes.
Sesión de conclusiones.

SEGUNDA PONENCIA:

- «La representación de diversas clases en el proceso: su acreditamiento y su prueba».

Deliberación de los participantes.
Sesión de conclusiones.

PARTICIPANTES PROCESALISTAS:

Don ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, don JAIME VEGAS TORRES, don ANGEL BONET NAVARRO, don MANUEL ORTELLS RAMOS, don FAUSTINO CORDÓN MORENO, don FERNANDO JIMÉNEZ CONDE, don IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, doña SARA ARAGONESES MARTÍNEZ, don RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA, don JULIO BANCLOCHE PALAU, don JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO, don FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, don JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA, don IGNACIO CUBILLO, doña MARINA CEDEÑO y don VÍCTOR MORENO CATENA.

PARTICIPANTES REGISTRADORES:

- Don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.
- Don CELESTINO PARDO NÚÑEZ, Director del Servicio de Estudios Registrales.
- Don NICOLÁS NOGUEROLES, Director de Relaciones Internacionales.
- Don JOAQUÍN J. RODRÍGUEZ, Director del SSI.
- Doña MARÍA EMILIA ADÁN, Registradora de Paterna.
- Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de Madrid.
- Don LUIS MARÍA CABELLOS DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador de Las Palmas de Gran Canarias. 2.
- Don JUAN LUIS GIMENO, Registrador de Sitges.

La semana del 14 al 18 de julio de 2003 se celebró en Aranjuez un CURSO DE VERANO SOBRE NACIONALIDAD Y EXTRANJERIA, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos (URJC).

PONENCIAS:

- «La política del Ministerio del Interior en materia de extranjería», por la Excm. Señora doña MARÍA DOLORES COSPEDAL GARCÍA (Subsecretaria del Ministerio del Interior).
- «Los criterios cardinales de la jurisprudencia de la DGRN en materia de nacionalidad», por el Excmo. Señor don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO (Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado).
- «Los derechos de los extranjeros en España», por el Profesor Doctor don ENRIQUE ARNALDO ACUBILLA (Profesor Titular de Derecho constitucional, URJC).

- «La reforma del Derecho de nacionalidad», por el Profesor Doctor don JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Director del Curso. Catedrático de Derecho Civil, URJC).
- «Incidencia de la inmigración en la economía española», por el Excmo. Señor don JUAN VELARDE FUERTES (Consejero del Tribunal de Cuentas).
- «Nacionalidad y estatuto de la Sociedad Anónima extranjera», por el Profesor Doctor don ALBERTO ALONSO UREBA (Catedrático de Derecho Mercantil, URJC).
- «Inmigración sin límites», por el Excmo. Señor don JOSÉ MANUEL OTERO NOVAS (Abogado del Estado. Exministro de Educación y de la Presidencia).
- «Nacionalidad y emigración», por el Profesor Doctor don DOMINGO BELLO JANEIRO (Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Coruña. Director General de la EGAP).
- «La conservación de la nacionalidad española», por el Profesor Doctor don CARLOS MALUQUER DE MOTES I BERNET (Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Barcelona).
- «Sociedad, extranjería y Constitución», por el Excmo. y Magfco. Señor don PEDRO GONZÁLEZ TREVIJANO (Rector URJC. Catedrático de Derecho Constitucional, URJC).

MESA REDONDA:

- Día 15. Excmo. Señor don JUAN CARLOS PEINADO GARCÍA (Magistrado Juez, núm. 3, Talavera de la Reina).
- Día 16. Profesor Doctor don RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI (Profesor Titular de Derecho Civil, URJC).
- Día 17. Profesor Doctor don CARLOS MALUQUER DE MOTES I BERNET (Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Barcelona).

Los días 21 a 25 de julio de 2003 se celebró en El Escorial un CURSO DE VERANO SOBRE DERECHO DEL DEPORTE, patrocinado por la Fundación Real Madrid y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Directores:

- MIGUEL ANGEL ARROYO GÓMEZ (Director General de la Fundación Real Madrid).
- JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO (Registrador de la Propiedad y Mercantil).

Secretaría:

- MALENA BURGUERA GARCÍA (Responsable de Formación y Relaciones Institucionales, Fundación Real Madrid).

Inauguración:

- ANA LÓPEZ MONÍS GALLEGO (Directora General de los Registros y del Notariado).

PONENCIAS:

- «Asociaciones Deportivas o Sociedades Mercantiles: el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas Deportivas», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO (Registrador de la Propiedad y Mercantil, Dirección General de los Registros y del Notariado).
- «La responsabilidad de directivos y administradores de las Sociedades Anónimas deportivas», por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ (Registrador de la Propiedad y Mercantil. Vocal de la Junta Directiva del Colegio de Registradores de España).
- «La industria del fútbol: hacia un modelo de gestión de contenidos», por JOSÉ ANGEL SÁNCHEZ PERIAÑEZ (Director General de Marketing, Real Madrid, CF).
- «Los derechos de imagen de los deportistas y su explotación por los clubes que los contratan», por MIGUEL ANGEL HERNÁNDEZ (Director de Nuevas Tecnologías del Real Madrid, CF).
- «Violencia en el deporte: causas y tratamiento», por JAVIER DURÁN (Profesor de Sociología del Deporte).
- «El sistema español de justicia deportiva», por ABELARDO RODRÍGUEZ MERINO (Presidente del Comité Español de Disciplina Deportiva).
- «Los efectos de la sentencia Bosman en la contratación de deportistas», por JOSÉ LUIS DEL VALLE (Abogado del Estado).
- «Las relaciones contractuales entre los deportistas profesionales y sus clubes», por LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Autónoma de Madrid).
- «La ampliación del mercado de las competiciones deportivas: formas jurídicas necesarias para ello», por FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ (Decano, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España).

MESA REDONDA:

- «El futuro de las asociaciones deportivas».
Moderador: JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.

Participantes: JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, FERNANDO ACEDO RICO (Registrador de la Propiedad y Mercantil) y MANUEL CUADRADO IGLESIAS (Catedrático de Derecho Civil, Universidad Complutense).

— «Los ingresos atípicos de los clubes deportivos».

Moderador: FERNANDO ACEDO RICO.

Participantes: JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO y MIGUEL ANGEL HERNÁNDEZ.

— «La violencia en el deporte».

Moderador: JOSÉ MARÍA BUCETA (Director del Gabinete de Psicología, Real Madrid).

Participantes: JAVIER DURÁN, ABELARDO RODRÍGUEZ MERINO, RICARDO CONDE (Magistrado) y JOAQUÍN RAMOS MARCOS (ex-árbitro de Primera División).

— «El papel del agente en la contratación de deportistas».

Moderador: ANTONIO VÁZQUEZ (Director de los Servicios Jurídicos, Real Madrid, CF).

Participantes: JOSÉ LUIS DEL VALLE, ENRIQUE DE LA VILLA GIL, GINÉS CARVAJAL (Agente de Jugadores) y ALEJANDRO CAMAÑO (Agente de Jugadores).

Clausura y entrega de diplomas:

ALBERTO PALOMAR (Jefe Gabinete S.E. Justicia).

FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ.

JURISPRUDENCIA

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 5-12-2002
(*BOE* 6-2-2003)

SERVIDUMBRE NEGATIVA. *NUMERUS APERTUS*.

Dado el sistema del *numerus apertus*, es perfectamente posible la constitución, con carácter real para ser oponible a terceros adquirentes, de una servidumbre negativa consistente en que el dueño del predio sirviente se abstenga de realizar determinadas actividades, pues su contenido está perfectamente delimitado no va contra el orden público y obedece a un interés legítimo.

Resoluciones 9, 10 y 13-12-2002
(*BOE* 6-2-2003)

DERECHO DE RETRACTO. SU EJERCICIO POR LA ADMINISTRACION PUBLICA AL AMPARO DE LA NORMATIVA AUTONOMICA SOBRE ESPACIOS NATURALES.

El ejercicio del derecho de retracto no es un «acto administrativo», sino simplemente un «acto de la Administración» sujeto a las normas del Derecho Privado. Por lo tanto, su ejercicio debe contar con el consentimiento del titular o, en otro caso, debe acudir a la Jurisdicción Ordinaria (argumento que se ve reforzado por el art. 249.7.º de la actual LEC).

Las potestades administrativas deben venir atribuidas, además, mediante normas con rango de Ley.

Resolución 11-12-2002
(BOE 6-2-2003)

PROPIEDAD HORIZONTAL: SU CONSTITUCION ESTANDO SUJETA A RESERVA DEL ARTICULO 881 DEL CODIGO CIVIL UNA CUOTA DEL INMUEBLE.

A pesar de reconocer que son muchos los problemas que se plantean con ocasión de la reserva del artículo 811 del Código Civil, la Dirección General entiende que no puede entrar en ellos, puesto que el recurso gubernativo sólo cabe contra la denegación o suspensión de un asiento, pero no contra la forma en la que éste se haya practicado, en cuyo caso solamente cabría solicitar la rectificación del Registro y, ante la posible negativa, recurrir posteriormente.

Resolución 12-12-2002
(BOE 6-2-2003)

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO.

Inscrito en su día un edificio en régimen de propiedad horizontal, expresándose que «las buhardillas o trasteros situados bajo la cubierta del inmueble pertenecen a los pisos cuatro a once, inclusive, en proporción a sus respectivas superficies», para la especificación de los que corresponden a cada uno de los pisos es necesario el consentimiento individualizado prestado en escritura pública de aquellos propietarios a los que afecta tal acto, y sobre este consentimiento se superpone el de la Junta de Propietarios, como acto colectivo, a efectos de precisar que no se invaden elementos comunes.

La descripción posterior a lo previsto en el título constitutivo no constituye un acto de declaración de obra nueva, no pudiendo exigirse por el Registrador que un técnico competente certifique sobre la superficie de los respectivos anejos que corresponden a cada piso.

Resolución 16-12-2002
(BOE 6-2-2003)

HERENCIA. REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Supuesto: Régimen económico matrimonial extranjero. Posterior herencia del titular registral que al tiempo de su muerte había adquirido la nacionalidad española, declarándose ganancial el bien.

Para la inscripción de la herencia no se precisa justificar cuál era el régimen económico matrimonial del causante, debiendo de estarse a la naturaleza ganancial del bien cuando todos los interesados en la sucesión así lo han declarado y los mismos son mayores de edad y agotan la plena titularidad de los bienes relictos, pudiendo adjudicarse el bien en la forma que estimen por conveniente y siempre que se exprese la causa.

Resolución 17-12-2002
(BOE 6-2-2003)

SEPARACION. INSCRIPCION DEL DERECHO DE USO EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL. TRACTO SUCESIVO.

No es inscribible un derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges en una sentencia de separación matrimonial sobre finca que no consta inscrita a nombre del otro cónyuge demandado, sino de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento.

Resolución 18-12-2002
(BOE 6-2-2003)

AUTOCONTRATACION: PARTICION DE HERENCIA POR CONTADOR PARTIDOR. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE MADRE E HIJA INCAPACITADA.

1. Partición por contador partidor. Citación para inventario: Su omisión sólo provoca anulabilidad, pero no nulidad de pleno derecho, por lo que puede sanarse con posterioridad mediante la aprobación del inventario o la ratificación de la partición, por el representante legal del incapaz.

2. Conflicto de intereses entre la madre y la hija incapacitada: No lo hay en aquellos casos en los que no es necesario liquidar una sociedad conyugal, ni hay bienes cuya titularidad no sea incontrovertible, en cuyo caso, los intereses de la madre y de la hija pueden decirse que son concurrentes.

Sí lo hay en aquellos supuestos en los que el contador partidor se extralimita en sus funciones, no observando, v.gr., la igualdad de lotes del artículo 1.061 del Código Civil o conmutando el usufructo viudal. Surge esta contraposición de intereses en la aprobación que los herederos tienen que dar a esta partición, dándole carácter contractual.

3. Según la Dirección General, la Resolución que la misma dicte no tiene por qué circunscribirse a los fundamentos y alegaciones de los intervinientes en el recurso.

Resolución 19-12-2002
(BOE 6-2-2003)

RECTIFICACION REGISTRAL SIN CONSENTIMIENTO DE TITULARES INTERMEDIOS.

Al no rectificarse un error dimanante del propio Registro, sino los títulos que accedieron al mismo, no sólo es necesario el consentimiento de los titulares registrales correspondientes (transmitente inicial y actual titular registral), sino también de los que intervinieron en la titulación intermedia.

Resolución 20-12-2002
(BOE 6-2-2003)

HIPOTECA. EJECUCION JUDICIAL POR EL PROCEDIMIENTO DEL ANTERIOR ARTICULO 131 DE LA LH. DEPOSITO DEL SOBRENTE.

La adjudicación de la finca objeto del procedimiento judicial sumario, con la consiguiente cancelación de las inscripciones, anotaciones posteriores e incluso las verificadas después de la expedición de la certificación de cargas, exige la consignación o depósito del sobrante del precio de venta a favor de quienes corresponda, entre los que no se incluyen los titulares de asientos posteriores a la nota acreditativa de la expedición de certificación que no hayan comparecido en el procedimiento.

Resolución 23-12-2002.
(BOE 6-2-2003)

EMBARGO DE BIENES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADADA. EJECUCION POSTERIOR DE LA CUOTA ABSTRACTA EMBARGADA.

En los supuestos en que se embargue estando disuelta y no liquidada la sociedad de gananciales, la traba ha de recaer sólo sobre la cuota abstracta, no sobre bienes concretos, de tal manera que dicho embargo lo que ha de provocar es la liquidación y adjudicación de bienes del deudor, pero no se puede enajenar forzosamente la cuota embargada.

En este caso concreto, sí se ejecutó la cuota trabada, pero ello no significa que el rematante suceda al deudor en su posición en aquel patrimonio: el remate no es traslativo, sino que el rematante sólo adquiere un derecho a la entrega de los bienes que se adjudiquen al deudor embargado.

«En resumen: respecto de la sociedad de gananciales disuelta es posible embargar la cuota abstracta de un cónyuge, pero no subastarla, pues la traba está llamada a ser sustituida por los bienes que se adjudiquen al deudor, que serán objeto de ejecución específica (...); y si se subasta la cuota, el adquirente sólo recibe un derecho imperfecto, dependiente de una situación respecto de la que es tercero: la liquidación, que no efectúa él sino los cónyuges o sus herederos».

Resoluciones 3, 7, 20, 27 y 28-1-2003
(BOE 27-2-2003)

COMPRAVENTA. EXTRANJEROS: INNECESARIEDAD DE LA EXPRESION DE SU REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL AL TIEMPO DE LA ADQUISICION.

Reitera Resoluciones anteriores: no es necesario expresar el régimen cuando se produce la adquisición, bastando que se exprese en el asiento que la misma se hace «con sujeción a su régimen económico-matrimonial», quedando diferido el problema para el momento de la enajenación o gravamen pos-

terior, salvo que entonces presten su consentimiento ambos cónyuges o se demande, en su caso, a los dos (caso de embargo, también sería posible demandando al deudor y notificando al otro cónyuge).

Resolución 8-1-2003
(BOE 27-2-2003)

ENAJENACION: FORZOSA DE VARIAS FINCAS CONJUNTAMENTE POR UN UNICO PRECIO.

La enajenación judicial de dos fincas por una única cantidad es algo posible, en forma similar a lo que ocurre en la venta alzado o en globo. Ahora bien, en el supuesto en el que existan titulares de asientos posteriores habrá que especificarse el precio de remate para cada una de ellas, ya que aquellos titulares tendrían derecho al sobrante resultante de la ejecución y podrían surgir dificultades, difícilmente superables, para repartir el remanente resultante entre cada una de las fincas registrales objeto de ejecución.

Resolución 9-1-2003
(BOE 27-2-2003)

REPRESENTACION VOLUNTARIA: ENAJENACION DE UN BIEN GANANCIAL POR UN SOLO CONYUGE QUE ALEGA TENER PODER DEL OTRO.

Es necesario justificar dicho poder sin que sea suficiente la alegación no justificada, suspendiéndose mientras tanto la inscripción hasta no se acredite o medie la conformidad del consorte (o sus herederos).

NOTA.—En el Auto del Presidente del Tribunal Superior se dicen también algunas otras cosas interesantes: frente a la pretensión de los recurrentes de que la situación es inscribible, ya que ha transcurrido el plazo para anular el contrato, se declara que el transcurso del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad es materia reservada al pronunciamiento de los Tribunales, y lo mismo cabe decir de la posesión y ocupación de la finca por el comprador desde el momento de su adquisición como elemento determinante de la misma.

Además, es la primera vez en que se ha reconocido en los «Hechos» la existencia de una «Comisión Mixta del Colegio de Registradores y Notarial de Madrid», sobre cuyo informe previo dictó el Auto el Presidente del TSJ correspondiente.

Resolución 10-1-2003
(BOE 27-2-2003)

RENUNCIA: ABDICATIVA DEL DOMINIO EN ESCRITURA PUBLICA. TITULO INSCRIBIBLE.

Aunque no se trate de uno de los supuestos que están enumerados en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, no hay argumento alguno para sostener que

no es un título inscribible, pues la enumeración recogida en dicho artículo no es taxativa.

Resolución 13-1-2003
(BOE 27-2-2003)

EJECUCION. HIPOTECARIA DE UN UNICO CREDITO HIPOTECARIO DISTRIBUIDO ENTRE VARIAS FINCAS Y CANTIDAD QUE PUEDE RECLAMARSE RESPECTO DE UNA DE ELLAS.

Cuando se ofrecen varias fincas en garantía, no quiere decir que el crédito único se divida en tantos créditos como fincas hipotecadas, sino que sigue siendo único. Por lo tanto, cuando la ejecución se dirija contra una finca concreta, no se tiene por qué determinar la cantidad que respecto de la misma se está reclamando, sino que se puede reclamar el todo de lo que sea debido. Únicamente ocurrirá que cuando existan terceros (v.gr., tercer poseedor, titulares de anotaciones de embargo) el precio del remate no puede destinarse para pagar al actor una cantidad superior a la que en su día se le asignara cuando se realizó la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Resolución 14-1-2003
(BOE 27-2-2003)

ANOTACION: DE LA DEMANDA, QUE CONSTA YA CANCELADA, DE NULIDAD DE UNA TRANSMISION: EFICACIA RESPECTO DE ASIENTOS POSTERIORES.

Cancelada, por caducidad, una anotación preventiva de nulidad de una transmisión, los titulares posteriores quedan libres de las restricciones registrales que la anotación implicaba y sus asientos ya no podrán verse afectados como consecuencia de un procedimiento en el que no hayan sido partes, salvo que dichos titulares presten su consentimiento.

Resolución 15-1-2003
(BOE 27-2-2003)

CONFESION DE PRIVATIVIDAD: MOMENTO EN EL QUE PUEDE HACERSE. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.

— Es posible realizar la confesión de privatividad cuando en la adquisición no se dijo nada acerca de si se adquiriría o no para la sociedad de gananciales.

— No es necesario realizarla al tiempo de la adquisición, sino que puede hacerse en un momento posterior.

— No va en contra de los propios actos cuando se hace ahora la confesión en virtud del mismo poder del marido que se tenía en aquel momento y que no se usó, en lo que a la confesión se refiere.

Resolución 16-1-2003
(BOE 27-2-2003)

RECTIFICACION DEL REGISTRO: CAMBIO DE LA NATURALEZA DE GANANCIAL DEL BIEN A PRIVATIVO, ESTANDO HIPOTECADO.

No es necesario contar con el consentimiento del acreedor hipotecario, puesto que la rectificación del Registro (que se hace en este caso por sentencia) no va a suponer ninguna alteración de la posición jurídica de dicho acreedor.

Resolución 17-1-2003
(BOE 27-2-2003)

EXPEDIENTE DE DOMINIO: REANUDADOR DEL TRACTO SUCESIVO: EXPRESION DEL TITULO MATERIAL DE ADQUISICION. CALIFICACION DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Es necesario que el testimonio del auto exprese el título material de adquisición, puesto que de ello dependerá, entre otros extremos, los efectos que la inscripción vaya a producir (según la adquisición sea onerosa o gratuita), sin que ello suponga injerencia alguna de la calificación en el fondo de la decisión judicial.

Resolución 18-1-2003
(BOE 27-2-2003)

COMPRAVENTA. SEPARACION DE BIENES: SU ACREDITACION. ASIEN-TOS DE PRESENTACION CADUCADOS CONTRADICTORIOS CON LA SI-TUACION QUE SE PRETENDE INSCRIBIR.

Acreditado el régimen económico-matrimonial de separación de bienes con certificación del Registro Civil, no es necesario, ni se puede exigir que se presente la escritura de capitulaciones, pues «el Registro Civil constituye el título de legitimación de las situaciones que se inscriben».

Aunque la existencia de otras ventas del mismo inmueble resulten de otros asientos caducados del Diario, la sospecha de que se puedan haber cometido hechos delictivos (doble venta) no excusa del deber de calificar, pudiendo hacerse uso de lo previsto en el artículo 104 del Reglamento Hipotecario y remitir copia de los documentos a la autoridad judicial, careciendo el Registrador de potestad jurisdiccional para deducir de una simple sospecha (asientos caducados), efectos definitivos.

Resolución 20-1-2003
(BOE 27-2-2003)

EXPEDIENTE DE DOMINIO INMATRICULADOR DE FINCA YA INSCRITA.

El expediente de dominio para inmatriculación no puede servir para reanudar el tracto sucesivo cuando resulta que la finca cuyo acceso registral

se pretende coincide con otra ya inscrita, ya que podría producirse un supuesto de doble inmatriculación.

Resolución 21-1-2003
(BOE 27-2-2003)

COMPRAVENTA. SEPARACION JUDICIAL: SU ACREDITACION NO ES NECESARIA CUANDO SE REALIZA UNA ADQUISICION.

No obstante los argumentos esgrimidos por el recurrente, la DGRN vuelve a reiterar que la situación de separado judicialmente no es necesario acreditarla. Basta con que el comprador lo declare.

Resolución 22-1-2003
(BOE 27-2-2003)

ANOTACION PREVENTIVA. DE EMBARGO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL Y SUS HEREDEROS. TRACTO SUCESIVO.

No es posible pedir una anotación contra los herederos indeterminados de una persona, si no se acredita su fallecimiento y se hace constar la fecha en que éste tuvo lugar.

Resolución 24-1-2003
(BOE 27-2-2003)

CESION DE DERECHOS.

No obstante reconocer la imprecisión en la redacción de la escritura —que la DGRN estima justificable por estar redactada conforme a minuta—, el Centro Directivo resuelve que puede interpretarse la expresión «cede todos los derechos» la sociedad transmitente, dimanantes de una escritura pública en virtud de la cual dicha sociedad compró determinadas fincas como equivalente a transmisión del derecho de propiedad sobre las mismas, con lo que la escritura sería inscribible.

Resolución 29-1-2003
(BOE 27-2-2003)

CESION: GRATUITA DE USUFRUCTO QUE SE CONSTITUYE A FAVOR DE VARIAS PERSONAS. SU CONCRECION SOBRE PARTES DETERMINADAS. RECURSO GUBERNATIVO: INFORME DEL REGISTRADOR.

No debe considerarse como un acto en fraude de Ley contrario a la normativa de Concentración Parcelaria de Castilla y León la cesión gratuita del usufructo a favor de varias personas que se concreta en partes determinadas de fincas, ya que lo prohibido es la división pero no la constitución de usu-

fructo sobre cuotas. Respecto de la concreción sobre partes determinadas de las fincas no sería admisible, pero entiende la DGRN que, al no decirse en la escritura que haya que darse a tal concreción carácter real, es posible, por lo tanto, la inscripción del usufructo.

Es necesario que el Registrador emita su informe y que, además, no sea excesivamente sucinto (el Registrador se había ratificado en la nota de calificación).

Resolución 30-1-2003

(BOE 14-3-2003)

QUIEBRA. CONVENIO DE CESION DE BIENES A FAVOR DE LA MASA. ASIENTO A PRACTICAR.

— Aunque el mandamiento utilice equivocadamente anotación en lugar de inscripción (que es el asiento que procedía en este caso), ha de practicarse el asiento pertinente, porque lo importante es el reflejo registral que corresponda a lo que en verdad se ordene en el mandamiento.

— La masa de la quiebra puede ser titular registral, aunque no sea propiamente un ente con personalidad, por las razones que se esgrimen en la resolución.

Resolución 3-2-2003

(BOE 14-3-2003)

EXCESO DE CABIDA. IDENTIDAD DE LA FINCA.

El exceso de cabida debe entenderse estrictamente como constatación de la medida real que se encuentra dentro de los linderos, pero sin alterar la configuración de la finca. En otro supuesto estaríamos ante la inmatriculación de una superficie colindante.

En todo caso, y aunque se acompañe certificación catastral, es procedente la suspensión de la práctica de la inscripción si el Registrador duda sobre la identidad de la finca.

Resolución 5-2-2003

(BOE 14-3-2003)

SEPARACION JUDICIAL. INNECESARIEDAD DE APROBACION JUDICIAL DE ESCRITURA POSTERIOR AL CONVENIO REGULADOR.

Sólo se requiere aprobación judicial de una escritura pública posterior a un convenio regulador de separación judicial aclaratoria del mismo (se habían omitido por error bienes), cuando existan acuerdos que afecten a los hijos o se trate de aquéllos que expresamente están excluidos de la autonomía de la voluntad.

Resolución 6-2-2003
(BOE 12-3-2003)

SUSTITUCION EJEMPLAR.

Solamente comprende los bienes que el sustituyente haya dejado al sustituido, pero no los que el incapaz tuviera por otro título. Las razones se sintetizan en:

- Argumentos históricos: liberalismo del Código Civil en el momento de su redacción.
- Diferencias con la sustitución pupilar.
- Distinto juego del Derecho Romano Común.
- Ser la línea jurisprudencial actualmente consagrada.

Resolución 8-2-2003
(BOE 14-3-2003)

RECURSO GUBERNATIVO. OBRA NUEVA TERMINADA: SEGURO DECENAL.

Considera la Dirección General que, en la nota de calificación, junto con la expresión de los defectos, debe de hacerse constar también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario, para que así puedan hacerse efectivas las garantías del interesado recurrente.

No puede asimilarse al concepto de vivienda un edificio destinado a «residencia geriátrica», por lo que no son aplicables en este supuesto las garantías que obliga a constituir la Ley de Ordenación de Edificación, pues la finalidad de la norma es proteger a los «consumidores» de vivienda, es decir, a una familia que se endeuda largamente al comprarla y no propiamente proteger a una empresa que adquiere el edificio para desarrollar en él una actividad mercantil.

Resolución 10-2-2003
(BOE 14-3-2003)

HIPOTECA: SOLIDARIDAD ACTIVA EN EL PRESTAMO.

A juicio de la Dirección General, que reitera Resoluciones anteriores, en este caso no es preciso exigir la determinación relativa a la proporción en que cada entidad acreedora ha concedido y entregado el préstamo a la misma deudora, siendo indiferente la medida o proporción en que cada acreedor haya entregado la cantidad prestada, ya que ello sólo afectará a las relaciones internas entre los mismos, sin que deba trascender tal circunstancia al contrato de préstamo ni al asiento de la hipoteca que lo garantiza.

Resolución 11-2-2003
(BOE 14-3-2003)

INMATRICULACION: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Cuando el Registrador tiene dudas, con ocasión de la inmatriculación, de que la finca puede coincidir, en todo o en parte, con otra ya inmatriculada, debe acudir al Juez de Primera Instancia (art. 306 del Reglamento Hipotecario), pero no al recurso gubernativo.

Resolución 12-2-2003
(BOE 14-3-2003)

COMPRAVENTA. EXTRANJEROS. REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL.

Reitera Resoluciones anteriores: no es necesario expresar el régimen cuando se produce la adquisición, bastando que se exprese en el asiento que la misma se efectúa «con sujeción a su régimen económico-matrimonial», quedando diferido el problema para el momento de la enajenación o gravamen posterior, salvo que entonces presten su consentimiento ambos cónyuges o se demande, en su caso, a los dos (caso de embargo, también sería posible demandando al deudor y notificando al otro cónyuge).

Resolución 13-2-2003
(BOE 14-3-2003)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DEL TRACTO SUCESIVO.

Es imprescindible que, al menos, se haya citado una vez personalmente al titular registral, cuando la inscripción contradictoria tiene menos de treinta años de antigüedad.

Resolución 14-2-2003
(BOE 14-3-2003)

FINCA: SU DESCRIPCION. OPCION DE COMPRA: PACTOS SIN TRASCENDENCIA REAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

1. La descripción de una finca con referencia a un plano es posible siempre que exista la debida claridad entre la escritura y el plano, la que no existe cuando hay contradicciones respecto del número de la parcela y respecto de si está incluida alguna de ellas en todo o en parte.

2. La simple declaración de que se «obligan» los concedentes a realizar en el futuro modificaciones de entidades hipotecarias, es un pacto obligatorio que no ha de acceder al Registro.

3. Tampoco ha de acceder, por la misma razón, lo relativo a los gastos, si no se establece al respecto un derecho real de garantía para asegurarlos, sin que pueda acceder el «contrato» en su integridad.

4. La redacción confusa de la escritura impide que pueda saberse, sin duda alguna, cuál es la interpretación que ha de darse respecto del precio. En este caso puede rectificarse por el procedimiento del artículo 153 del Reglamento Notarial.

Resolución 15-2-2003
(BOE 13-3-2003)

ADMINISTRADOR. DATOS DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Es suficiente con que el Notario afirme que el cargo de Administrador está inscrito, pero no es necesario que se hagan constar los datos de inscripción.

Resolución 17-2-2003
(BOE 13-3-2003)

HIPOTECA. «VIVIENDA CONYUGAL». DERECHO CIVIL DE CATALUÑA.

La manifestación hecha por el deudor de que la finca hipotecada no es la «vivienda conyugal» y si dicha expresión es equivalente a la de «vivienda familiar», es una cuestión que debe interpretarse conforme a la legislación catalana, sin que pueda revisarse la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que revocó la nota de calificación del Registrador.

Resolución 18-2-2003
(BOE 12-3-2003)

RENUNCIA ABDICATIVA DE DOMINIO. TÍTULO INSCRIBIBLE.

Es inscribible la renuncia unilateral, irrevocable y gratuita del dominio de determinadas fincas, realizada en escritura pública por su propietario, aunque no sea uno de los actos recogidos expresamente en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, pues su enumeración no es taxativa.

Por no haber sido objeto de la nota de calificación recurrida, no resuelve la Dirección General sobre si tal renuncia es susceptible de producir por sí sola la pérdida de dicho derecho para el renunciante y, caso de que así lo fuese, si el dominio renunciado lo adquiere automáticamente el Estado.

Resolución 19-2-2003
(BOE 22-3-2003)

COSTAS: DESLINDE. CADUCIDAD DE LA ANOTACION PREVIA DEL MISMO.

La anotación preventiva de deslinde es un trámite específico previo para conciliar la eficacia del deslinde —cuya Orden Ministerial aprobatoria tiene virtualidad rectificatoria del Registro— con la salvaguardia judicial de los

asientos. No obstante, en el presente caso, no importa que se encuentre incur-
sa en caducidad dicha anotación, ya que constando que el titular registral
impugnó judicialmente la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde, quedan
debidamente salvaguardados los derechos que el artículo 29 del Reglamento
de Costas concede al mismo.

NOTA.—La Resolución alude erróneamente al artículo 29 del Reglamento
Hipotecario, cuando debe referirse al mismo precepto, pero del Reglamen-
to de Costas.

Resolución 20-2-2003
(BOE 24-3-2003)

RECURSO GUBERNATIVO: SU INTERPOSICION A EFECTOS DOCTRI- NALES.

— En este caso concreto procede aplicar los preceptos del Reglamento
Hipotecario reguladores del recurso gubernativo, que recobraron su vigencia
en su redacción anterior tras la STS de 22 de mayo de 2000, por lo que los
particulares están legitimados para interponerlo a efectos doctrinales.

— Se requiere también la expresión de la causa en las cancelaciones de
hipoteca, pues no cabe el consentimiento formal y abstracto en el Derecho
español.

Resoluciones 21 y 24-2-2003
(BOE 24-3-2003)

COMPRAVENTA. EXTRANJEROS. REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Reitera Resoluciones anteriores: no es necesario expresar el régimen cuan-
do se produce la adquisición, bastando que se exprese en el asiento que la
misma se efectúa «con sujeción a su régimen económico-matrimonial», que-
dando diferido el problema para el momento de la enajenación o gravamen
posterior, salvo que entonces presten su consentimiento ambos cónyuges o
se demande, en su caso, a los dos (caso de embargo, también sería posible
demandando al deudor y notificando al otro cónyuge).

No cabe, además, exigir la determinación en cuanto a la proporción en que
adquieren dichos cónyuges extranjeros, pues existe una comunidad germáni-
ca, sin cuotas y no una comunidad romana, cuando se adquiere para un
régimen matrimonial de comunidad.

Resolución 22-2-2003
(BOE 22-3-2003)

FINCA: RECTIFICACION DE SUPERFICIE. DISMINUCION DE CABIDA.

Después de la Ley 13/1996, los requisitos que la misma establece para la
rectificación de cabida deben aplicarse tanto a los aumentos como a las dis-

minuciones. No obstante, dado que en este caso concreto la diferencia es de escasa entidad (¿?) y puesto que el Registrador no ha planteado posible duda sobre la identidad de la finca en cuestión, debe procederse a la inscripción de la reducción de cabida en cinco metros.

Resolución 25-2-2003
(BOE 24-3-2003)

RETRACTO. VENTA CON PACTO DE RETRO. ANOTACION DE DEMANDA DE EJERCICIO DE DICHO DERECHO.

La inscripción del derecho de retracto implica la posibilidad de ejercicio del mismo contra el titular registral o cualquiera otra persona que traiga causa de él, por lo que estima la Dirección General que es inocua la anotación de la demanda de retracto y su caducidad. El adquirente de una finca no puede encontrarse en situación de indefensión, puesto que la adquirió sometida a tal derecho y a sus consecuencias.

Resolución 26-2-2003
(BOE 9-4-2003)

PARTICION HEREDITARIA. REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR.

El contador partidor carece de facultades interpretativas para declarar la ineficacia total o parcial de un legado.

El divorcio sobrevenido al otorgamiento del testamento que contiene un legado a favor del cónyuge del testador no es, por sí solo, causa de revocación de disposiciones testamentarias. La hipótesis de que el testador no habría hecho tal disposición de haber sabido que su vínculo matrimonial no subsistiría, sólo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio, con fase probatoria, la cual no es posible en la esfera registral.

Resolución 27-2-2003
(BOE 9-4-2003)

AGRUPACION. FINCA FUNCIONAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

El solo hecho de la agrupación de fincas colindantes estando una de ellas integrada en una propiedad horizontal, no supone necesariamente una alteración del título constitutivo, si lo pretendido no ha sido someter una de las fincas al régimen jurídico de propiedad horizontal a que se encuentra sujeta la otra; máxime cuando, además, no hay alteración de elementos comunes y, a mayor abundamiento, hay consentimiento de los demás propietarios.

Para que pueda formarse una finca funcional se requiere que haya una unidad de explotación (en este caso la hay, incluso arquitectónica), precisándose, no sólo que en la descripción de la finca resultante de la agrupación conste claramente su especialidad como funcional u orgánica, sino también que se incluya la descripción individualizada de los elementos que la integran,

con especial referencia a su concreto régimen jurídico, y así ha de constar en el folio que se le abra a la nueva finca.

Resolución 28-2-2003
(BOE 10-4-2003)

HIPOTECA. RECONOCIMIENTO DE DEUDA. CAUSA. NECESIDAD DE SU EXPRESION.

Es posible el reconocimiento de una deuda garantizada con hipoteca, pues en este caso dicho derecho real tiene su causa en el crédito que el deudor reconoce y que puede el acreedor exigir y del cual la hipoteca es accesoria, siendo tal crédito la causa de deber que da cobertura a la garantía hipotecaria, y que es distinta de la causa del crédito, cuya constancia no es necesaria que se especifique en el título y que es a la que se refiere el artículo 1.277 del Código Civil, por lo que no deben reflejarse en el mismo las diversas obligaciones o la causa de la deuda en garantía de la cual se constituye la hipoteca.

Resolución 1-3-2003
(BOE 10-4-2003)

OBRA NUEVA TERMINADA.

Dada la finalidad que debe cumplir la certificación de la finalización de la obra, pueda hacerla un técnico competente (en este caso, en la misma escritura otorgada intervino el arquitecto técnico de la obra, manifestando que su descripción se ajustaba al proyecto para el que se obtuvo licencia), quedando bajo la exclusiva responsabilidad del técnico que certifique la cuestión sobre la veracidad de tal manifestación. El técnico certificador no tiene que ser, necesariamente, arquitecto (cfr. art. 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio).

Resoluciones 4, 13, 14 y 15-3-2003
(BOE 10, 29, 26 y 26-4-2003)

COMPRAVENTA. EXTRANJEROS: ADQUISICION REALIZADA CONFORME AL REGIMEN LEGAL DE SU NACIONALIDAD.

Reitera Resoluciones anteriores: no es necesario expresar el régimen cuando se produce la adquisición, bastando que se exprese en el asiento que la misma se efectúa «con sujeción a su régimen económico-matrimonial», quedando diferido el problema para el momento de la enajenación o gravamen posterior, salvo que entonces presten su consentimiento ambos cónyuges o se demande, en su caso, a los dos (caso de embargo, también sería posible demandando al deudor y notificando al otro cónyuge).

No cabe, además, exigir la determinación en cuanto a la proporción en que adquieren dichos cónyuges extranjeros, pues, cuando se adquiere para un régimen matrimonial en comunidad existe una comunidad germánica, sin cuotas y no una comunidad romana.

Resoluciones 5, 6, 7, 8 y 10-3-2003
(BOE 10-4-2003)

CANCELACION DE HIPOTECA. DE LA CONSTITUIDA A FAVOR DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. TITULO HABIL PARA PRACTICARLA.

Entiende el Centro Directivo que el traslado de la Resolución administrativa dictada por la autoridad —cuya competencia de su autor y la autenticidad del documento no fueron cuestionadas por el Registrador— es título hábil para cancelar una hipoteca cuya titularidad corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social al estimar, según su criterio, que las normas de rango legal prevalecen en esta materia sobre los preceptos reglamentarios, a los que considera ilegales, si se apartan de la Ley [cfr. arts. 3, 40.c), 78.2.º, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y 53 y 55 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el art. 1.709 del Reglamento Hipotecario y 31 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social].

Resolución 11-3-2003
(BOE 26-4-2003)

HERENCIA. DERECHOS SUCESORIOS DEL CONYUGE VIUDO. LEY APLICABLE A LA SUCESION. ACTA NOTARIAL DE DECLARACION DE HEREDEROS ABINTESTATO. NATURALEZA. SU CALIFICACION REGISTRAL. AUTOCONTRATACION. DEFENSOR JUDICIAL.

Se plantean tres cuestiones: 1.ª Derecho Interregional o Internacional, a saber, cuál es la ley que ha de regir los derechos del cónyuge superviviente cuando el causante tenía la vecindad civil catalana en el momento de su óbito, pero el régimen económico-matrimonial era el de la sociedad de gananciales y, por lo tanto, sí tiene derecho al tercio en usufructo de la herencia o al usufructo universal, teniendo en cuenta lo que preceptúa el artículo 9.8 del Código Civil, que dispone que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regula los efectos del matrimonio»; 2.ª Si el Registrador puede o no calificar el contenido del acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; 3.ª Conflicto de intereses. Necesidad o no de defensor judicial:

1.ª En relación con la primera cuestión, entiende el Centro Directivo que en la exégesis del artículo 9.8 del Código Civil caben dos posturas: entender que los efectos del matrimonio incluyen el régimen económico-matrimonial existente al iniciarse la relación matrimonial, o que, como en el Derecho español el régimen puede cambiar, entender que se refiere sólo a los derechos ligados al matrimonio, de carácter familiar, que puedan integrarse en la sucesión, cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial que rija las relaciones patrimoniales entre los esposos. La Dirección General opta por esta segunda postura, entendiendo que debe regir el principio de unidad en la ley sucesoria, por lo que «los derechos del cónyuge se regirán por la ley sucesoria del causante, debiendo ser interpretada la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o

estatuto primario patrimonial. Fallecido que sea uno de los esposos, para establecer los derechos en la sucesión del supérstite, se deberá calificar su ley personal común sobrevenida».

2.^a El acta de declaración de herederos abintestato es un documento notarial singular que, por mandato legal participa de la misma naturaleza de jurisdicción voluntaria que el auto judicial, por ello la calificación registral no entrará en el fondo del juicio de notoriedad (ex art. 100 del RH).

3.^a Al haber un único bien ganancial adjudicado en proindiviso a la viuda y a los hijos menores de edad, es aplicable la doctrina de la Resolución de 10 de enero de 1994, por lo que el eventual conflicto de intereses y, en su caso, el nombramiento de defensor judicial, surgirá cuando se proceda a la liquidación de la comunidad ordinaria creada.

Resolución 12-3-2003
(BOE 10-4-2003)

HIPOTECA. EN GARANTIA DE CUENTA CORRIENTE. EFECTO NOVATORIO DE LA CUENTA.

Se considera subsanado el defecto apreciado en una Resolución precedente, concretamente en la de 3 de noviembre de 2000 (ver BCRE, núm. 66, pág. 2449), al establecerse en la escritura complementaria de aquella, de la que dio lugar al recurso anterior, que el vencimiento de una de las obligaciones implica el de las restantes, y pactarse el efecto novatorio al practicar el asiento de cargo en la cuenta corriente respecto del crédito vencido y exigible.

Resolución 17-3-2003
(BOE 28-4-2003)

COMPRAVENTA. RESOLUCION. PRECIO. PRINCIPIO DE LEGITIMACION.

En una escritura en que se formalizan las compraventas de dos fincas, otorgada por la sociedad titular registral a favor de los respectivos compradores y en la que se contiene la declaración de que dichas fincas habían sido vendidas previamente en documentos privados a otra sociedad compradora —también compareciente en la escritura— y que las dichas transmisiones habían quedado resueltas, debe rechazarse la pretensión del Registrador de que se inscriban previamente la compraventa o compraventas resueltas, pues no se puede exigir la inscripción de la resolución de un acto no inscrito.

El principio de legitimación no queda desvirtuado por la afirmación de que existen compraventas previas que han sido resueltas.

Resolución 18-3-2003
(BOE 26-4-2003)

PROPIEDAD HORIZONTAL. DIVISION MATERIAL DE UN DEPARTAMENTO.

No es posible dividir materialmente un local perteneciente a un edificio en régimen de propiedad horizontal sin necesidad del consentimiento de la Junta

de Propietarios, a pesar de recogerse en la escritura de constitución de dicho régimen una cláusula estatutaria que facultaba para ello sin necesidad del consentimiento de dicha Junta, cuando expresada cláusula no figura inscrita en el Registro.

Resolución 20-3-2003
(BOE 26-4-2003)

CANCELACION DE ASIENTOS. SENTENCIA FIRME POR LA QUE SE DECLARA LA PROPIEDAD DE DETERMINADAS FINCAS Y SE DECRETA LA CANCELACION DE LAS INSCRIPCIONES CONTRADICTORIAS.

Los principios de tracto sucesivo y salvaguardia judicial de los asientos impiden practicar determinadas inscripciones y cancelaciones que puedan perjudicar a terceras personas y actuales titulares registrales de las fincas, y que no tuvieron intervención alguna en el procedimiento, y ello con independencia de que se hubiese tomado o no anotación de la demanda en el procedimiento en cuestión o la misma hubiese caducado.

Resolución 21-3-2003
(BOE 26-4-2003)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDADOR DEL TRACTO SUCESIVO.

Es inscribible un auto recaído en un expediente de dominio reanudador del tracto cuando el Juez declara justificado el dominio por el hecho de haber adquirido el actor las fincas por prescripción, al haberlas poseído a título de dueño por más de treinta años de forma quieta, pública e ininterrumpidamente, y darse las condiciones establecidas en el artículo 1.959 del Código Civil.

Resolución 22-3-2003
(BOE 26-4-2003)

OBRA NUEVA TERMINADA.

Es inscribible una escritura de declaración de obra nueva terminada de una finca cuando quien certifica es el mismo arquitecto que certificó en la declaración de obra nueva en construcción, y de la certificación no se extrae ninguna duda de que la misma se refiere a la misma obra, a pesar de que en la certificación final no se describa detalladamente, pues la exigencia de la descripción de la obra en términos coincidentes con el título lo es para que el técnico manifieste que la tal descripción se ajusta al proyecto respecto del cual se obtuvo la licencia.

Es necesaria la legitimación notarial de la firma del técnico certificador, pues el visado colegial tan sólo acredita su cualificación profesional, pero no que la firma sea la suya.

Resolución 24-3-2003
(BOE 26-4-2003)

HIPOTECA. EJECUCION EXTRAJUDICIAL. INSCRIBIBILIDAD. DOCUMENTO NECESARIO AL EFECTO.

Es inscribible la adjudicación de una finca hipotecada en procedimiento extrajudicial ante Notario.

La inconstitucionalidad de una norma y su expulsión del ordenamiento jurídico sólo puede producirse por sentencia del Tribunal Constitucional.

Reitera, pues, esta Resolución la doctrina sentada en la de 28 de mayo de 2001 (ver BCRE, núm. 72, págs. 1668 a 1673, inclusive, en cuya Resolución también se declaró que la venta debe documentarse en escritura pública, no bastando copia del acta notarial en que conste el cumplimiento de los trámites y diligencias reglamentarios).

Resolución 25-3-2003
(BOE 26-4-2003)

HERENCIA. SUSTITUCION HEREDITARIA. INTERPRETACION DEL TESTAMENTO.

La sustitución establecida en una cláusula testamentaria ha de operar tan sólo en el caso de defecto de ambos herederos instituidos y no en defecto de uno de los dos (pues en este último caso tiene lugar el derecho de acrecer), ya que la expresión «en su defecto» empleada por el testador a continuación de la institución por iguales partes respecto de ambos herederos, no indica sino que la sustitución opera a falta de ambos, lo que es congruente con que luego se disponga que la sustitución establecida a favor de otras dos personas lo sea por partes iguales.

Resolución 26-3-2003
(BOE 3-5-2003)

COSTAS. DESLINDE. CADUCIDAD DE LA ANOTACION PREVIA DEL MISMO.

La anotación preventiva de deslinde es un trámite específico previo para conciliar la eficacia del deslinde —cuya Orden Ministerial aprobatoria tiene virtualidad rectificatoria del Registro— con la salvaguardia judicial de los asientos. No obstante, en el presente caso, no importa que se encuentre incurso en caducidad dicha anotación, ya que constando que el titular registral impugnó judicialmente la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde, quedan debidamente salvaguardados los derechos que el artículo 29 del Reglamento de Costas concede al mismo.

NOTA.—La resolución alude erróneamente al artículo 29 del Reglamento Hipotecario, cuando debe referirse al mismo precepto, pero del Reglamento de Costas.

Resoluciones 27-3, 15 y 24-4-2003
(BOE 3, 19 y 17-5-2003)

FINCA: SU DESCRIPCION. OPCION DE COMPRA: PACTOS SIN TRASCENDENCIA REAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

1. La descripción de una finca con referencia a un plano es posible siempre que exista la debida claridad entre la escritura y el plano, la que no existe cuando hay contradicciones respecto del número de la parcela y respecto de si está incluida alguna de ellas en todo o en parte.

2. La simple declaración de que se «obligan» los concedentes a realizar en el futuro modificaciones de entidades hipotecarias, es un pacto obligatorio que no ha de acceder al Registro.

3. Tampoco ha de inscribirse, por la misma razón, lo relativo a los gastos, si no se establece al respecto un derecho real de garantía para asegurarlos, sin que pueda acceder el «contrato» en su integridad.

4. La redacción confusa de la escritura impide que pueda saberse, sin duda alguna, cuál es la interpretación que ha de darse respecto del precio. En este caso puede rectificarse por el procedimiento del artículo 153 del Reglamento Notarial.

Resolución 28-3-2003
(BOE 3-5-2003)

EJECUCION ORDINARIA. CANCELACION DE CARGAS EN JUICIO EJECUTIVO, ENTRE LAS QUE SE INCLUYE UNA HIPOTECA POSTERIOR. SOB-RANTE.

El mandamiento de cancelación de cargas dictado en autos de un juicio ejecutivo ordinario tiene plena virtualidad cancelatoria, no sólo respecto de las anotaciones de embargo posteriores a la ordenada en aquel procedimiento a favor del actor (lo que el Registrador no discute), sino también respecto a una hipoteca inscrita con posterioridad; de tal manera que los acreedores posteriores, incluidos, en su caso, los hipotecarios, precisan de la interposición y estimación de la oportuna tercería de mejor derecho para que se anteponga, al crédito del ejecutante, el cobro de su crédito con cargo al bien trabado y rematado, pues todas las sumas realizadas en el procedimiento quedan afectas a la íntegra satisfacción del actor (y ello aunque dicho crédito exceda o sea superior al garantizado por la propia anotación de embargo base del procedimiento de ejecución), y sólo después de producirse dicha satisfacción, se determinará el sobrante, que será retenido en beneficio de otros acreedores del deudor que no hubiesen interpuesto y triunfado en la oportuna tercería de mejor derecho.

NOTA.—Es decir, la doctrina de la Resolución de 21 de noviembre de 2001, se declara también aplicable a las hipotecas posteriores al considerar que esta solución, además, es conforme con la sostenida por el propio Centro Directivo, en virtud de la cual los actos dispositivos del deudor posteriores al embargo no pueden perjudicar a éste, ya que se trata de un acto de naturaleza real con eficacia frente a terceros.

Resolución 29-3-2003
(BOE 3-5-2003)

SERVIDUMBRE. TRACTO SUCESIVO FORMAL.

No cabe inscribir las servidumbres constituidas por quien enajenó las fincas, que son los predios sirvientes, cuando las mismas constan ya inscritas a nombre de terceras personas.

Resolución 31-3-2003
(BOE 3-5-2003)

RECTIFICACION DEL REGISTRO. SOLICITADA POR QUIEN NO ES SU TITULAR REGISTRAL.

Constando las fincas inscritas a nombre de persona distinta del solicitante de la rectificación, que consiste en la cancelación de determinados asientos, no cabe proceder a la misma sin que conste, en debida forma, el consentimiento del titular registral o, en su caso, haya recaído la resolución judicial pertinente que así lo ordene.

NOTA.—La Resolución pasa por alto, aparentemente, el artículo 3 de la LH. En este caso, la solicitud se había hecho en instancia privada.

Resolución 1-4-2003
(BOE 3-5-2003)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDADOR DEL TRACTO SUCESIVO.

No cabe inscribir una finca a nombre de los herederos del titular registral en virtud de auto recaído en expediente de dominio reanudador del tracto sucesivo, pues, aparte de ser éste un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada, nos podríamos encontrar, en el presente caso, ante una vía para intentar evadir el impuesto de sucesiones o para burlar los derechos hereditarios de alguno o algunos de los llamados a la herencia.

Resolución 3-4-2003
(BOE 3-5-2003)

HIPOTECA. GARANTIA DE DEUDA RECONOCIDA.

El reconocimiento de deuda no es un negocio abstracto. Ahora bien, sirve perfectamente para ser soporte de la hipoteca a la que sirve de causa aunque no se haya hecho constar la causa del reconocimiento en la escritura, dado que ello entra en la esfera obligacional.

Resolución 4-4-2003
(BOE 3-5-2003)

ANOTACION DE EMBARGO. DENEGACION DE LA DECRETADA POR LA AGENCIA TRIBUTARIA SOBRE BIENES EXGANANCIALES.

Si la finca consta inscrita a nombre de la esposa del demandado, la sola afirmación de la Agencia Tributaria de que la deuda que motiva el embargo es de la sociedad de gananciales, no es suficiente para que se pueda practicar la anotación preventiva de embargo. Es necesario que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda en juicio declarativo seguido contra ambos cónyuges.

Resolución 5-4-2003
(BOE 3-5-2003)

POSESION.

No es inscribible la posesión y, por lo tanto, tampoco lo es un hipotético derecho de uso basado en la misma.

Resoluciones 7 y 8-4-2003
(BOE 3-5-2003)

TRACTO SUCESIVO. SU REANUDACION MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL.

Aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, la sentencia dictada en procedimiento declarativo sólo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que también hubiesen sido demandados quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante, y en el que se interesase la realidad, validez y eficacia de dichos títulos intermedios; pero entonces no se trataría ya propiamente de reanudación del tracto, pues a través de la sentencia recaída se estarían inscribiendo toda la titulación intermedia.

Resolución 9-4-2003
(BOE 3-5-2003)

PRIORIDAD REGISTRAL. ASIEN TO DE PRESENTACION. CALIFICACION DE DOCUMENTOS PRESENTADOS. APODERAMIENTO. SUBAPODERAMIENTO GENERAL NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL. SU JUSTIFICACION. SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO.

Prioridad registral: Aportación a una sociedad de inmueble que había sido vendido antes en escritura pública que accede después al Registro. El asiento de presentación (como las inscripciones) también se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que no puede ser desvirtuado ni alterado sin consentimiento de la persona beneficiada o sin resolución judicial.

Calificación registral: Documentos aportados con posterioridad. El principio de prioridad no puede ser alterado teniendo en cuenta documentos posteriores, en forma tal que desvirtúen dicho principio. Por ello, una certificación del Registro Mercantil de la que resulta la revocación del poder del representante de la sociedad aportante, que accede registralmente mediante constancia por nota al margen del asiento de presentación del documento calificado consistente en una aportación a sociedad, debería haber sido objeto de un asiento de presentación propio, por ser un título contradictorio, y que por ser de fecha posterior en su presentación al Registro, no podrá ir en contra del título previamente presentado.

Subapoderamiento: El subapoderamiento general debió inscribirse en el Registro Mercantil, pero su falta de inscripción no es obstáculo que impida el acceso al Registro de la Propiedad de lo hecho por el subapoderado. No es necesario que el subapoderado justifique la subsistencia del poder del sustituido.

Subsistencia del poder extinguido: Lo hecho por el apoderado ignorando la revocación es válido. El solo hecho de la inscripción en el Registro Mercantil de la revocación del poder no quiere decir que el apoderado no pudiera haber actuado de buena fe, si continuaba conservando el título representativo de sus facultades, por lo que tal apreciación de la buena o mala fe del apoderado es una circunstancia que debe ser apreciada por los Tribunales.

Resolución 10-4-2003
(BOE 15-5-2003)

PODER. SU REVOCACION. SUBSISTENCIA RESPECTO DE TERCEROS. PODER CONCEDIDO POR UNA SOCIEDAD ANTES DE SU INSCRIPCION. AUTOCONTRATACION.

La mera constancia al Registrador, al tiempo de la calificación, de que el poder invocado por el otorgante del negocio cuya inscripción se pretende estaba revocado con anterioridad a su celebración, no puede ser obstáculo que impida su inscripción, pues nada garantiza que tal revocación fuera conocida por el apoderado o por los terceros que con él contrataron.

En el caso concreto de la Resolución y atendiendo a las circunstancias concurrentes, dado que el poder se concedió antes de la inscripción de la Sociedad representada y no fue ratificado (sino revocado), el autocontratante no ha justificado debidamente su representación.

Resolución 11-4-2003
(BOE 15-5-2003)

PRINCIPIO DE PRIORIDAD. CALIFICACION CONJUNTA DE VARIOS TITULOS.

No se plantean cuestiones de prioridad entre títulos complementarios y no incompatibles, máxime cuando los interesados han prestado su consentimiento a todas las operaciones contenidas en los mismos, al haberse configurado dichos títulos como un complejo de negocios jurídicos conectados entre sí.

Resolución 12-4-2003
(BOE 19-5-2003)

COMPRAVENTA. CONDICION RESOLUTORIA EN GARANTIA DE PARTE DEL PRECIO APLAZADO. ACTA DE MANIFESTACIONES DE SIMPLE ANUNCIO DE RECLAMACION FUTURA AL COMPRADOR POR IMPAGO.

Inscrita una compraventa con parte del precio aplazado garantizado con condición resolutoria expresa en la que se pacta la extinción de dicha garantía por el transcurso de un plazo determinado, no cabe hacer constar en el Registro mediante acta de manifestaciones otorgada por el vendedor que, por impago del precio aplazado, el mismo va a iniciar la reclamación de la deuda, pues tal acta sólo implica un propósito de reclamación futura y, además, porque registralmente ya ha transcurrido el plazo para que el vendedor pudiese enervar la facultad de cancelar la condición resolutoria concedida al comprador.

Resolución 14-4-2003
(BOE 19-5-2003)

CANCELACION DE ASIENTOS. REINSCRIPCION. ANOTACION PREVENTIVA. EFICACIA SOBRE ASIENTOS POSTERIORES.

No cabe la declaración administrativa de nulidad de la aportación de una finca efectuada por el propio Ayuntamiento a una sociedad para cancelar las transmisiones posteriores inscritas a favor de terceros, pues la aportación efectuada no es un contrato administrativo, sino privado, rigiéndose por las normas de Derecho Privado y, por lo tanto, toda controversia en esta materia debe ventilarse ante la jurisdicción civil.

La anotación a favor del Ayuntamiento de iniciación de expediente de declaración de nulidad de la aportación podrá tener efectos sobre la buena o mala fe del adquirente ulterior, pero no puede suponer, por sí sola, la alteración del régimen jurídico aplicable antes dicho.

Resolución 16-4-2003
(BOE 19-5-2003)

PODER. EXTINCION DEL CONCEDIDO ENTRE CONYUGES EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES. SOCIEDAD DE GANANCIALES PACTADA. POSIBILIDAD DE CONVENIR SU RETROACTIVIDAD TEMPORAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

El artículo 102 del Código Civil (y su efecto de revocación) prevalece sobre pretendidos efectos de «irrevocabilidad» pactados en capitulaciones matrimoniales.

El principio de libertad de pacto haría posible dicha retroactividad (siempre sin perjuicio de tercero); pero en la medida en que se trate de inmuebles habrán de cumplirse los requisitos de identificación de la legislación hipotecaria respecto de cada bien en concreto que se integra. En el caso en cuestión, a falta de precisión y claridad en lo pactado, se hace necesario un consentimiento específico respecto de cada bien o derecho a los que aplicar la retroactividad.

Resolución 21-4-2003
(BOE 19-5-2003)

PODER. OTORGADO EN EL EXTRANJERO. CAPACIDAD. JUICIO NOTARIAL DE LA MISMA.

El poder autorizado por un Notario alemán, que se incorpora a la escritura calificada, debe considerarse equivalente a una escritura pública de poder otorgada en España, aunque no conste el juicio de capacidad de los otorgantes por el Notario autorizante. Razón: Al tratarse en este supuesto del llamado «poder de diligencia» del Derecho alemán, si bien dicha legislación exige al Notario que se asegure de la capacidad de los otorgantes, sin embargo, en ningún momento es obligatorio que así conste en el documento, no teniendo, por otra parte, aquel fedatario obligación de conocer el idioma en que está escrito el poder de diligencia (cfr. Resolución de 11-6-1999), pues la falta de constancia documental de dicho juicio no presupone que el mismo no haya existido, ya que en este caso concreto se encuentra implícito en la autorización del documento.

Resolución 22-4-2003
(BOE 19-5-2003)

USUFRUCTO. SU CONSTITUCION POR SOCIEDAD MERCANTIL. USUFRUCTO CONJUNTO CONSTITUIDO A TITULO ONEROSO.

No puede decirse que se vaya en contra del objeto social (doctrina de los «actos neutros») y, por lo tanto, que se requiera aprobación de la Junta General, cuando una sociedad mercantil cede a determinadas personas y a sus descendientes hasta la segunda generación el derecho de usufructo vitalicio sobre determinadas fincas a cambio de una contraprestación, por escasa que sea ésta. Al ser varios los cesionarios del usufructo cedido conjuntamente a título oneroso es necesario cumplir con lo preceptuado en el artículo 54 del RH, debiendo hacerse constar también el nombre de los cónyuges, dado el posible carácter ganancial de la adquisición. Las expresiones «descendientes directos o herederos directos» no son equivalentes, debiendo aclararse tal extremo.

Si se hace constar en la escritura que el cargo de Consejero-Delegado está inscrito en el Registro Mercantil, no es necesario que el que comparece como tal Consejero-Delegado tenga que declarar que su cargo está vigente.

Resolución 23-4-2003
(BOE 17-5-2003)

CALIFICACION REGISTRAL. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. OPCION DE COMPRA. CADUCIDAD Y CANCELACION. CADUCIDAD.

Para realizar la calificación, el Registrador no dispone de otros medios que lo que resulta de los títulos presentados a inscripción y del contenido del Registro.

El hecho de que se haya pactado un plazo determinado para el ejercicio del derecho de opción de compra, no permite que pueda cancelarse el asiento que recoge dicho derecho, puesto que no es posible saber si el derecho se ejercitó o no en plazo.

Registro Mercantil

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución 2-1-2003
(BOE 27-2-2003)

SOCIEDAD LIMITADA: CONSTITUCION CON DENOMINACION SOCIAL COMO «CLUB DE FUTBOL».

No es posible dicha constitución, por dos motivos: *a)* Se induce a error en la denominación (si de verdad no se trata de un Club de Fútbol) y, *b)* Si se tratara de un club, por imperativo de la legislación, debe revestir la forma de Asociación o (si participa en competiciones estatales) de Sociedad Anónima.

Por otro lado, la expresión «promoción de actividades deportivas» se refiere precisamente a eso, a la promoción de tales actividades, sin que nada cambie por el hecho de que los recurrentes aleguen en su escrito que no tienen intención alguna de desarrollar dicha actividad, sino solamente la gestión de publicidad de un club de fútbol.

Resolución 9-1-2003
(BOE 26-2-2003)

DEPOSITO DE CUENTAS.

— No es erróneo hablar de «inscripción» para referirse al depósito de cuentas.

— Es correcto señalar los llamados errores «implícitos» que no van a impedir la práctica de la inscripción.

— Han de utilizarse modelos normalizados.

— Las páginas han de estar numeradas y correctamente identificadas.

Resolución 23-1-2003
(BOE 27-2-2003)

REDUCCION DEL CAPITAL: NO NECESIDAD DE AJUSTAR AL CENTIMO. RECURSO GUBERNATIVO: NOTA DE CALIFICACION E INFORME.

Cuando no se realiza la operación de ajustar al céntimo regulada por la Ley de Introducción al Euro de 17-12-1998, no hay por qué entender que las acciones no pueden tener una cifra que exceda de dos decimales.

No obstante lo dicho en la Resolución de 29-1-2003, la DGRN resuelve que, en la nota de calificación, a la hora de hacer constar los defectos, no solamente deben expresarse los mismos, sino también la íntegra motivación, todo ello para una mejor garantía de los interesados. Es por ello que al «resolver el recurso gubernativo no deben ser tenidos en cuenta los argumentos jurídicos consignados en el informe y no en la calificación».

Resolución 29-1-2003

(BOE 10-3-2003)

Registro Mercantil de Bilbao, núm. II

AUDITOR. NOMBRAMIENTO. RECURSO GUBERNATIVO PENDIENTE.

La presentación de un recurso contra la Resolución del Registrador sobre nombramientos de Auditor a instancia de la minoría, impide que la Sociedad pueda depositar las cuentas en tanto no sea resuelto. Es por ello que se trata de un supuesto en el que no se produce cierre registral por falta del depósito de cuentas.

Resolución 31-1-2003

(BOE 14-3-2003)

CIERRE REGISTRAL: ADMINISTRADORES. BAJA PROVISIONAL EN EL INDICE DE HACIENDA. RECURSO GUBERNATIVO.

1. Una vez comunicada al Registro Mercantil se produce un cierre registral, sin que esté incluido en las excepciones el supuesto de nombramiento de nuevos administradores.

2. Las advertencias que haga el Registrador no pueden considerarse propiamente como defectos.

Aunque se argumente equivocadamente con referencia a normas derogadas, debe mantenerse el defecto si el mismo tiene su apoyo en una norma vigente.

Resolución 4-2-2003

(BOE 14-3-2003)

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL. DESEMBOLSO MIXTO CON CARGO A RESERVAS Y CON APORTACION EN METALICO.

Los desembolsos mixtos, por regla general, son admisibles. El problema se encuentra cuando (como en este caso) se hace una parte con medios propios de la sociedad y otra parte con nuevas aportaciones. Para tal caso —se dice— pueden existir argumentos en uno u otro sentido. Pero, ante el silencio del legislador, puede admitirse el supuesto respetando el principio de autonomía de la voluntad, al margen de la posible impugnación en caso de que el acuerdo fuera en detrimento de los intereses sociales (lo que escapa a la calificación registral).

Resolución 7-2-2003
(BOE 12-3-2003)

CAPITAL SOCIAL. AJUSTE AL CENTIMO. LEY 46/1998.

Aunque haya pasado ya el período transitorio previsto en la Ley, pueden seguir haciéndose operaciones de redondeo al céntimo, pero en este caso ya será necesario acudir al procedimiento normal previsto en la Ley de Sociedades Anónimas.

Resolución 17-2-2003
(BOE 28-3-2003)

DEPOSITO DE CUENTAS. INFORME DE AUDITORIA.

Debe tenerse por efectuado el depósito de cuentas anuales, tras realizarse la auditoría por el auditor designado por el Registrador Mercantil a solicitud de los socios minoritarios de la compañía, aunque el informe del auditor presentado a depósito no emita opinión alguna con respecto al balance y cuenta de resultados auditados.

Resolución 22-2-2003
(BOE 3-4-2003)

DEPOSITO DE CUENTAS. NOTIFICACION DE LA NO ADMISION DEL DEPOSITO. CIERRE REGISTRAL.

Frente a la alegación de la sociedad recurrente de no haber recibido anteriormente ninguna notificación respecto a la no admisión del depósito de cuentas correspondiente, la Dirección General declara que «las notificaciones se efectúan en la misma oficina del Registro, no existiendo, en consecuencia, obligación por parte de los Registradores Mercantiles, de efectuar la notificación en el domicilio de los interesados», correspondiendo a éstos estar pendientes de las determinaciones adoptadas al respecto por el Registrador Mercantil.

Se produce el cierre registral, pues la sociedad dio comienzo a sus operaciones «el día de la firma de la escritura fundacional», que tuvo lugar en el año 1999, y aunque no hubiera efectuado actividad mercantil alguna en dicho ejercicio, tendría que haber presentado el depósito de cuentas correspondiente a dicho año; produciéndose, por lo tanto, el cierre registral, denegándose las cuentas del ejercicio 2001, al estar cerrado el Registro por falta de presentación de las cuentas de los ejercicios anteriores.

Resolución 24-2-2003
(BOE 3-4-2003)

DEPOSITO DE CUENTAS. NOMBRAMIENTO DE AUDITOR.

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales de una sociedad, si no se presenta el correspondiente informe del auditor de cuentas

cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral.

Resolución 27-2-2003
(BOE 10-4-2003)

ADMINISTRADOR. AUTOCONTRATACION.

No puede el administrador único conferir un poder a favor de sí mismo. Razones:

- a) Carece de interés pues se atribuyen facultades que por su cargo ya tenía.
- b) Ilusoria revocabilidad mientras el apoderado siga siendo administrador, y el riesgo en la demora en esa revocación, de producirse su cese.
- c) Difícil exigencia de responsabilidad del apoderado por el administrador al ser la misma persona.
- d) Posible fraude que supondría el evitar la responsabilidad como administrador al actuar como apoderado.

No puede el administrador atribuir a una persona facultades que él mismo no tiene, en este caso, la autocontratación.

Resolución 3-3-2003
(BOE 10-4-2003)

CAPITAL SOCIAL. REDENOMINACION.

Si, como consecuencia de la redenominación, el valor de las participaciones tiene más de dos decimales, puede aumentarse el capital, tras el período transitorio de la Ley 46/98, creando participaciones del mismo valor nominal que las preexistentes, dado que tal valor no representa sino una parte alícuota del capital y se respeta la posición de los socios. No existe obligación legal de ajustar previamente a dos céntimos de euro, aunque se menciona que no puede ser confirmado el defecto «tal y como ha sido expresado en la nota», que califica de escueta.

Resolución 28-3-2003
(BOE 3-5-2003)

DOMICILIO. DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL. COMPETENCIA DEL REGISTRO MERCANTIL.

El Registro competente para la inscripción de un empresario individual es el correspondiente al de su establecimiento único o principal, de existir varios (competencia territorial). La competencia para la inscripción se determina, pues, por razón del territorio en que ejerza su actividad.

Resolución 31-3-2003
(BOE 16-5-2003)

DEPOSITO DE CUENTAS. CIERRE REGISTRAL. CALIFICACION REGISTRAL. ACUERDOS CONTRADICTORIOS.

La falta de depósito de cuentas impide la inscripción del nombramiento de administrador, pero no la de su cese.

Debe rechazarse la inscripción cuando, del contenido del documento, resulten situaciones contradictorias que impidan al Registrador comprobar si se ha logrado o no determinado acuerdo, pues el Registro Mercantil no puede dar publicidad a situaciones jurídicas cuya legalidad no haya podido comprobar el Registrador en su calificación.

La fehaciencia del acta notarial de la Junta ha de prevalecer sobre la interpretación que, respecto de su contenido, haga quien certifique del mismo. Las declaraciones del Presidente de la Junta no vinculan al Registrador, que debe apreciar cuanto se halle amparado por la fe notarial.

Resolución 31-3-2003
(BOE 3-5-2003)

SOCIEDAD ANONIMA. CADUCIDAD DEL CARGO DE PRESIDENTE.

No está caducado el cargo respecto de la Asamblea celebrada el último día del plazo previsto para su nombramiento.

Resolución 8-4-2003
(BOE 3-5-2003)

CALIFICACION. ERROR EN LA ESCRITURA.

La discrepancia entre la escritura y la certificación incorporada no permite rechazar la inscripción, cuando de la simple lectura del documento no quepa duda de cuál sea el dato erróneo y cuál el verdadero.

Resolución 16-4-2003
(BOE 28-5-2003)

DEPOSITO DE CUENTAS. INFORME DEL AUDITOR.

Se confirma la doctrina establecida de que no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales de una sociedad si no se presenta el correspondiente informe del auditor de cuentas cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral. En este caso existió tal solicitud, acordándose la procedencia del nombramiento y designándose el correspondiente auditor, sin que al presentarse las cuentas a depósito por la sociedad se haya acompañado el preceptivo informe.

Resolución 23-4-2003
(BOE 17-5-2003)

AGRUPACION DE INTERES ECONOMICO. DOCUMENTO EXTRANJERO:
TRADUCCION. LEGALIZACION DE DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS.

Si el documento está redactado en lengua extranjera, aunque el Registrador esté facultado para prescindir de la traducción, si la misma se solicita, ha de aportarse.

La legalización del documento extranjero ha de cumplirse siempre, salvo que se exima de esta exigencia, lo que no ocurre respecto de la Agrupación de Interés Económico.

Registro Mercantil Central

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución 26-3-2003
(BOE 26-4-2003)

CALIFICACION. NOTA. DENOMINACION. IDENTIDAD DE LAS MISMAS.

La nota de calificación del Registrador Mercantil Provincial debe contener una completa información acerca de los defectos advertidos y su naturaleza, así como de su íntegra motivación jurídica.

En caso de que se deniegue una reserva de denominación, el interesado o presentante puede solicitar en el mismo plazo en que se podría interponer recurso, la expedición de una nota de calificación en la que se expresen los motivos de la denegación. La fecha de dicha notificación será la determinante del comienzo de los plazos para la interposición del recurso propiamente dicho.

No existe entre BBDO Consulting, S. A. y BDS Consulting S. L., toda vez que la pronunciación de dichas palabras exige su deletreo. Hay, pues, diferencias tanto gráfica como fonéticamente.

Resolución 2-4-2003
(BOE 3-5-2003)

DENOMINACION SOCIAL. DUPLICIDAD.

Duplicidad de una denominación social.

Son los Tribunales, y no el Registrador, los competentes para determinar qué sociedad es la que tiene derecho preferente a la denominación y para declarar la nulidad de la denominación de una de ellas.

RESOLUCIONES COMENTADAS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

DONACION. ANULACION DE CONTRATO.—NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA POR LA QUE SE DEJA SIN EFECTO UN CONTRATO DE DONACION QUE LAS PARTES HABIAN CELEBRADO PREVIAMENTE, RECUPERANDO EL ORIGINARIO DONANTE LA PROPIEDAD DE LA FINCA DONADA, DE LA CUAL HACE ENTREGA EN ESTE ACTO LA DONATARIA. ES PRECISO QUE SE FORMALICE UN NUEVO NEGOCIO QUE CUMPLA TODOS LOS REQUISITOS LEGALES PARA SU VALIDEZ Y EFICACIA. (RESOLUCIÓN DE 24 DE MAYO DE 2002. BOE DE 9 DE JULIO DE 2002.)

RESOLUCION de 24 de mayo, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Alvaro E. Rodríguez Espinosa, contra la negativa de la señora Registradora de la Propiedad, número 4, de dicha ciudad, doña Nieves Ozámiz Fortis, a inscribir una escritura de resolución de contrato en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el 2 de marzo de 1998, ante el Notario de Marbella, don Alvaro E. Rodríguez Espinosa, don Francisco A. F. y doña Carmen G. A. dejan sin efecto la donación formalizada el 10 de abril de 1991, ante el Notario de Estepona, don Manuel Serrano Pérez, referida a la finca registral número 9.857, del Registro de la Propiedad número 4 de Marbella.

En dicha escritura, que se califica como «Resolución de Contrato», en su estipulación primera se establece que: «Los comparecientes dejan sin efecto el contrato de donación, descrito en el expositivo primero de esta escritura. En consecuencia, don Francisco A. F. recupera la propiedad de la finca descrita, de la que le hace entrega en este acto, doña Carmen G. A... Segundo. D. Francisco A. F. entrega a doña Carmen G. A., en concepto de reintegro de todos los gastos ocasionados con motivo de la donación realizada en su día la cantidad de seiscientos mil pesetas».

La cantidad señalada se aplaza en parte y su pago faculta a la donataria para, a su elección, exigir el pago total u obtener resolución de contrato en concepto de cláusula penal.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número 4, de Marbella, fue calificada con la siguiente nota:

«Calificado el precedente documento, que se presentó el día siguiente de este mes, tras examinar los antecedentes del Registro, se deniega la inscripción solicitada por el defecto insubsanable de que la donación no puede “dejarse sin efecto”, por el mero acuerdo de las partes, regulándose esta materia en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, y conforme al principio general que establece el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal. Esta nota se extiende al amparo de lo previsto en el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, y contra ella puede interponerse los recursos regulados en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes. Marbella, a 10 de junio de 1999. La Registradora. Fdo.: Nieves Ozámiz Fortis».

III. El Notario autorizante de la escritura, don Alvaro E. Rodríguez Espinosa, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota y alegó: Que la nota de calificación hace referencia a una revocación unilateral de donación,

regulada en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, cuando la escritura presentada no contiene una revocación unilateral, sino una resolución de donación de carácter bilateral, constando en la misma el consentimiento del donante y donatario. Que, en cualquier caso, se califique la donación como acto jurídico o contrato, la remisión a las normas de los contratos, contenida en el artículo 621 del Código Civil, es clara. Que las donaciones entre vivos, como todo contrato, son irrevocables, pero no se opone a esta irrevocabilidad la posibilidad de quedar sin efecto por voluntad expresa de las partes (arts. 1.091 y 1.255 del Código Civil). Que en todo caso se trataría de un contrato innominado, atípico, válido, siempre que no atentara a la ley u orden público.

IV. La Registradora, en su informe de defensa de la nota, argumentó lo siguiente: Que, según el artículo 609 del Código Civil, la donación es un modo de adquirir el dominio, y este efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura de donación (art. 633 en relación con el art. 1.426 del Código Civil y con el art. 38 de la Ley Hipotecaria). Que es la ley la que establece los modos de adquirir el dominio, de modo que, las partes que no puedan crear la vía o forma de extinción del derecho de propiedad, y no existe previsión legal que admita la extinción del derecho de propiedad, por quien válidamente lo ha adquirido, por el simple acuerdo retroactivo con quien se lo transmitió, es decir, la donación consumada sólo puede quedar sin efecto mediante la revocación en la forma y casos legalmente previstos. En los demás casos, si el donatario quiere retransmitir al donante habrán de recurrir a alguna de las formas legalmente establecidas para la transmisión del dominio: Donación, sucesión *mortis causa*, etc. Que no cabe discusión alguna sobre la aplicabilidad a las donaciones *intervivos* de la normativa general sobre obligaciones y contratos, pero la libertad de pactos tiene las limitaciones que impone el artículo 1.255 del Código Civil, y el contrato consumado es indisponible para las partes que en él intervinieron. Que es posible llevar a cabo una extinción convenida de la anterior relación contractual, que ha sido válida en todo momento, a través del mutuo disenso, el cual es nuevo contrato, y deberá reunir los requisitos de capacidad, objeto, causa y forma necesarios para la validez del contrato, además fiscalmente, de conformidad con los artículos 60-5 del texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y 81-5 de su Reglamento, resulta que no sólo da lugar a la devolución del impuesto, sino que se considera como un acto nuevo sujeto a tributación.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla desestimó el recurso interpuesto, confirmando la nota de la Registradora.

VI. El Notario apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en sus alegaciones, añadiendo que en nuestro Ordenamiento Jurídico se da un trato permisivo a la resolución de las obligaciones y contratos por mutuo acuerdo de las partes (arts. 480, 1.504, 1.506 y 1.124; Resoluciones de 27 y 29 de diciembre de 1973, entre otras) y, en todo caso, la escritura contiene todos los elementos esenciales para la mutación del dominio.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.295 del Código Civil.

1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de un negocio por el que los otorgantes «dejan sin efecto un contrato de donación» que habían

celebrado previamente, recuperando el originario donante la propiedad de la finca donada, de la que «le hace entrega en este acto, la en su día, donataria», obligándose aquél «a reintegrar a ésta todos los gastos ocasionados con motivo de la donación realizada en su día», reintegro que se aplaza en parte y cuyo impago faculta a la donataria «para, a su elección, elegir el pago total u obtener la resolución del contrato en concepto de cláusula penal».

El Registrador deniega la inscripción porque «la donación no puede dejarse sin efecto por el previo acuerdo de las partes».

2. Ciertamente lleva razón el Registrador cuando afirma que perfeccionada la donación produciría sus efectos, entre ellos, la transmisión del dominio de la casa donada a favor del donatario (cfr. 609 del Código Civil), y que los otorgantes no pueden después convenir con alcance *erga omnes* que dichos efectos se tengan por no producidos. Mas nada obsta que aquéllos, mediante un nuevo negocio que cumpla todas las exigencias legales para su validez y eficacia (cfr. 1.295, 609 del Código Civil), puedan provocar el restablecimiento de la titularidad preexistente sin perjuicio de las consecuencias jurídicas operadas en la fase intermedia (o, incluso convenir que en el ámbito restringido de las relaciones personales entre ellos se opere como si la donación no hubiera llegado a existir). Y esto es lo que parece ocurrir en el caso debatido, pues al estipular que el donante «recupera la propiedad», que el donatario «entrega en este acto la cosa», que aquél se obliga al reintegro de gastos realizados por éste, etc., están pretendiendo el restablecimiento de la situación anterior, y en este sentido debe entenderse la expresión «dejan sin efecto», sin que su literalidad sea determinante, en detrimento de la voluntad inequívoca reflejada en el total negocio documentado (cfr. art. 1.281 del Código Civil), de la valoración global de sus cláusulas (cfr. 1.285 del Código Civil) y de su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efectos (cfr. 1.284 del Código Civil).

Fallo.—Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado.

Madrid, 24 de mayo de 2002.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario se centra en que «*aunque una vez perfeccionada la donación produciría sus efectos, entre ellos, la transmisión del dominio de la casa donada a favor del donatario y aunque los otorgantes no pueden después convenir con alcance erga omnes que dichos efectos se tengan por no producidos, nada obsta que las partes, mediante un nuevo negocio que cumpla todas las exigencias legales para su validez y eficacia puedan provocar el restablecimiento de la titularidad preexistente, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas operadas en la fase intermedia (o, incluso convenir que en el ámbito restringido de las relaciones personales entre ellos, se opere como si la donación no hubiera llegado a existir)*».

Así pues, de la presente Resolución consideramos que son objeto de interesante y justificado análisis, los siguientes puntos:

- I. Naturaleza de la donación.
- II. Carácter traslativo de la donación y consumación o perfeccionamiento de la misma. Efectos de la donación.
- III. ¿Estamos ante una revocación de la donación o una resolución de carácter bilateral?

Antes de entrar a examinar la primera cuestión apuntada, cabe recordar que la *donación* no aparece regulada en el Libro IV del Código Civil, sino en el Título II del Libro III, que trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», lo cual es coherente con lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, precepto que afirma que la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (*).

En cuanto a la naturaleza de la donación cabe señalar que, en principio, se produce un distanciamiento entre la donación y los demás contratos, que también se reitera en el artículo 618 del Código Civil, el cual nos pone de manifiesto el *concepto de donación*:

La donación es un acto (no un contrato) de liberalidad (que implica empobrecimiento del donante, cualquiera que sea el motivo determinante de la misma) por el cual una persona dispone gratuitamente (sin contraprestación) de una cosa a favor de otra que la acepta (pues nadie está obligado a enriquecerse recibiendo de su patrimonio bienes que no quiera).

Distancia que se acorta en los supuestos de donación *inter vivos*, si se tienen en cuenta las palabras del artículo 621 del Código Civil, que afirma que las donaciones que hayan de producir efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este capítulo. En la misma línea el artículo 1.274, hablando de la causa de los contratos, distingue entre contratos onerosos, remuneratorios y de pura beneficencia.

En cuanto al segundo de los aspectos objeto de examen:

La donación es traslativa, acto o negocio de disposición en el que la declaración de voluntad del donante es inseparable de la *datio* como hecho, modo de adquirir, y con perfiles propios.

El artículo 629 del Código Civil establece que la donación no obliga al donante ni produce efecto, sino desde la aceptación. Aunque previamente el artículo 623 había dicho que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del destinatario. La doctrina entiende que ambos preceptos contemplan supuestos distintos, el 629 está pensado para la donación entre presentes, con aceptación inmediatamente hecha y conocida al tiempo por el destinatario, mientras que el artículo 623 del Código Civil está pensado para la donación entre ausentes en la que medie un intervalo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el donante.

(*) LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, T. III. Contratos, Trivium, Madrid; DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, T. 1, vol. 2.º Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Tecnos, Madrid, y ROGEL, C., *Derecho Civil III*, Madrid, 2001.

Así en ambos casos, *la donación se perfecciona, obliga al donante y produce efectos desde que éste conoce la aceptación del donatario.*

En todo caso, artículo 630, el donatario *debe aceptar*, so pena de nulidad, la donación por sí o por medio de persona autorizada con poder especial o con poder general y bastante.

El efecto normal de la donación sea la adquisición por el donatario de la *propiedad* o derecho transmitido.

En cuanto al tercer punto objeto de análisis:

No olvidemos la posibilidad de que la donación *inter vivos* perfecta es revocable por una serie de causas tasadas: supervivencia o superviniencia de hijos, incumplimiento de cargas impuestas al donatario, ingratitud del donatario.

En cuanto a la resolución del contrato, sólo añadir que éste supone el acuerdo de voluntades, por el cual dos partes se vinculan, obligándose a conservar determinado comportamiento y atribuyéndose el derecho de exigirse la observancia de determinada conducta.

El sustrato elemental del contrato se encuentra en la voluntad de obligarse manifestada por los contratantes. De ahí precisamente que aunque el Código Civil no lo mencione, los contratantes pueden realizar un nuevo contrato encaminado a privar de efectos al primeramente realizado. Este nuevo contrato se conoce por *mutuo disenso*. Denominado así porque los contratantes están de acuerdo con el contrato inicialmente existente, esto es, están de acuerdo en romper el consenso inicialmente consentido.

Por tratarse de un nuevo contrato han de darse los requisitos necesarios para privar de eficacia a una relación obligatoria preexistente, y además contar con los necesarios de la relación inicial como puede ser la forma.

Puede ocurrir que el mutuo disenso no se plasme en un contrato cuya finalidad sea la de extinguir la relación preexistente, sino que vaya implícito en un nuevo contrato entre las partes que establezca una nueva relación entre ellas y que resulte incompatible con la vinculación anterior, y esto es lo que parece que ocurre en la Resolución objeto de comentario.

Son susceptibles de extinguirse por mutuo disenso cualquier relación ya se haya comenzado o no, sea duradera o instantánea. Los efectos del mutuo disenso serán los pactados. Pero si el disenso afecta a una relación obligatoria instantánea aún no ejecutada, sus efectos se limitarán a suponer la mera extinción de las obligaciones generadas por el contrato inicial. Si el disenso afecta a una relación duradera que ha venido siendo cumplida por las partes, se plantearán los oportunos problemas para determinar si la desvinculación tiene efectos retroactivos, si han de efectuarse reintegros liquidatorios, si nacen obligaciones de restitución...

En cada caso el alcance y las consecuencias del mutuo disenso habrán de precisarse a la vista de lo pactado.

Artículo 1.255 y Resolución:

El artículo 1.255 del Código Civil establece que el sujeto tiene autonomía de voluntad, es decir, puede celebrarlo o no, y también al celebrarlo puede regular sus relaciones jurídicas como desee. «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*».

Una vez respetados los límites institucionales de la autonomía privada, el contenido de los contratos depende en exclusiva de la propia voluntad de las partes, quienes pueden dotar al entramado de derechos y obligaciones generados por el contrato el alcance deseado.

La autonomía privada no puede ser contemplada al margen del ordenamiento jurídico que, por cierto, le protege y ampara, sino que, a su vez, se le *limita*, siendo imposible atentar contra las normas imperativas existentes en él, las cuales dimanarían del orden público, la moral y la buena fe. Sin embargo, la generalidad de las normas legales referentes al contrato tienen carácter *dispositivo*, y, por consiguiente, son disponibles y sustituibles por las partes.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad no se sustenta únicamente en el acuerdo de la voluntad de las partes, sino que no hay que olvidar el *sustrato* económico del contrato y en particular la nota de *patrimonialidad*.

La eficacia del contrato y su relatividad:

En base al artículo 1.258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Esto implica que, en principio, debe respetarse y observarse el contrato. Pero sobre todo, al ser el contrato un acto que genera una relación jurídica entre las partes, esto es, un conjunto de derecho y obligaciones que deben ser cumplidos y que determinan la eficacia del contrato.

En base al juego de autonomía privada y del artículo 1.257-1.º del Código Civil, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en el caso de aquellos derechos y obligaciones que no sean transmisibles, por su naturaleza, por pacto expreso, o por la ley.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. DIVISION Y MODIFICACION DE CREDITO HIPOTECARIO.— POSIBILIDAD DE DIVISION DE LA HIPOTECA QUE LO GARANTIZA POR ACUERDO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR, CON BASE EN LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. (RESOLUCIÓN DE 8 DE ABRIL DE 2002. BOE DE 30 DE MAYO DE 2002.)

RESOLUCION de 8 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don Rafael Herrero de las Heras, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mollet del Vallés, don Javier Madurga Rivera, a inscribir una escritura de división y modificación de préstamo con garantía hipotecaria en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En escritura otorgada el 30 de enero de 1996, los cónyuges don Amador R. M. y doña María S. A., constituyeron a favor de la entidad «Banca Catalana, Sociedad Anónima», y sobre un inmueble de su propiedad, una hipoteca en garantía de préstamo de 6.300.000 pesetas, quedando respondiendo la finca hipotecada de dicha cantidad, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 1.587.600 pesetas y de 630.000 pesetas

como crédito supletorio para costas y gastos, que se inscribió en el Registro de la Propiedad de Mollet del Vallés.

Posteriormente, en escritura otorgada ante el Notario de Barcelona, don Rafael Herrero de las Heras, el 7 de abril de 1998, los mismos interesados declaran que del préstamo garantizado queda pendiente de amortizar la suma de 5.800.780 pesetas, por lo que la entidad acreedora otorga carta de pago por la cantidad de 499.220 pesetas, consistiendo la cancelación parcial correspondiente, y que posteriormente a la obtención del préstamo y constitución de la hipoteca, la parte deudora obtuvo de la Generalitat de Catalunya la subsidiación de dicho préstamo, y no alcanzando la subsidiación de los intereses a la totalidad del préstamo, sino sólo a la cantidad de 5.040.000 pesetas, dividen el citado crédito e hipoteca en los dos siguientes: Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango registral de primera hipoteca en garantía de 5.040.000 pesetas de principal, que se regirá por los pactos contenidos en la escritura de 30 de enero de 1996 con una serie de modificaciones que se introducen para adaptar la hipoteca a las disposiciones de la Generalitat, quedando la finca hipotecada respondiendo de dicho capital, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 818.597 pesetas y de la suma de 504.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos. Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango de segunda hipoteca en garantía de 760.780 pesetas de principal, que se regirá en lo dispuesto en la escritura de 30 de enero de 1996, quedando la finca hipotecada respondiendo de dicho capital, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 19.716 pesetas y de la suma de 400.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos.

II. Presentada esta última escritura en el Registro de la Propiedad de Mollet del Vallés, fue calificada con la siguiente nota: «Denegado el despacho del precedente documento por razón de los siguientes defectos: I. Se “divide” la hipoteca, lo cual es contrario al artículo 1.860 del Código Civil. II. Se pretende que la hipoteca actual, que garantiza un total de seis millones trescientas mil pesetas de capital, tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de un millón quinientas ochenta y siete mil seiscientas pesetas y seiscientas treinta mil pesetas en concepto de costas y gastos, dé lugar a dos hipotecas: Una, con el rango de primera, que garantizará un total de cinco millones cuarenta mil pesetas de principal, ochocientos dieciocho mil quinientas noventa y siete en concepto de intereses remuneratorios y quinientas cuatro mil pesetas en concepto de costas y gastos; y otra, con el rango de segunda, que garantizará un total de seiscientas sesenta mil setecientas ochenta pesetas de principal, ciento noventa y una mil setecientas dieciséis pesetas en concepto de intereses remuneratorios y de cuatrocientas mil pesetas en concepto de costas y gastos. Y ello se hace vulnerando el artículo 122 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.875.1 del Código Civil, pues para que la actual hipoteca quede garantizando las responsabilidades predicadas de lo que quedaría como “primera” hipoteca, se hace necesario la cancelación parcial de todas las diferencias de responsabilidades entre una y otra, tanto por principal como por intereses y costas. Y para que pueda existir una “segunda” hipoteca se hace necesario la manifestación formal y expresa que “se constituye” esta nueva hipoteca, sin que pueda admitirse (defecto I) que nazca por “división” de la hipoteca preexistente. III. Asimismo se deniega la inscripción de los siguientes extremos: por su carácter meramente personal: Del apartado “Plazo, lugar y forma de pago” del pacto Sexto I.B), los párrafos

tercero y cuarto, y desde “se cargarán en cuenta...” “hasta... de su cuenta personal”; del mismo pacto Sexto I.B), el apartado de “Comisiones”; y del apartado II del pacto Sexto, desde “si bien la letra...” “hasta...” “citado Real Decreto”. Mollet del Vallés, a veintiséis de junio de mil novecientos noventa y ocho. El Registrador». Firma ilegible.

III. El Notario autorizante de la escritura, don Rafael Herrero de las Heras, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación en cuanto a los defectos 1.º y 2.º, y alegó: Que en contra de la divisibilidad de la hipoteca se invoca el artículo 1.860 del Código Civil, pero tal concepto contempla un caso muy particular, cual es la adquisición por los herederos del acreedor del crédito hipotecario o la asunción de éste por los herederos del deudor, pero aunque estuviéramos ante un caso de herencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil los herederos del acreedor o los deudores podrían dividir el crédito, lo que llevaría implícito, dada su accesoriedad, la división de la hipoteca en varias. En todo caso, el artículo 1.860 del Código Civil se limita a establecer unas normas en defensa del acreedor o acreedores que éstos pueden renunciar con base a lo dispuesto en el artículo 6.2 del mismo cuerpo legal. Que lo expuesto anteriormente es igualmente aplicable al artículo 122 de la Ley Hipotecaria, también mencionado en la nota de calificación: está hablando del caso particular en que no se pague la totalidad de la hipoteca o que desaparezcan parte de los bienes hipotecados, y aún en estos casos el acreedor podrá hacer lo que más le convenga, desde condonar el crédito y cancelar totalmente la hipoteca hasta lo que quieran él y el deudor siempre que no se vaya en concreto de ningún precepto imperativo. Que ni el acreedor ni el deudor convienen en dividir el crédito en dos, la hipoteca, como derecho accesorio, tendría que seguir al principal y, por tanto, al existir dos créditos independientes necesariamente tendrán que haber dos hipotecas, no siendo aplicable al caso el artículo 1.875.1 del Código Civil, pues no está constituyendo ninguna hipoteca sino dividiendo en dos la existente con anterioridad. Que aunque en la nota no se cite expresamente parece que no se entiende muy bien porqué se le atribuye a las dos hipotecas diferente rango, y en este punto hay que tener en cuenta que el rango hipotecario puede ser objeto de alteración por medio de negocio jurídico entra las partes y en el presente caso con mayor razón al haber un solo acreedor y un deudor, a parte que la Generalitat exige que la hipoteca que garantiza el pago del crédito subsidiario tenga el rango de primera.

IV. El Registrador de la Propiedad de Mollet del Vallés, en defensa de la nota, informó: Que el artículo 1.860 del Código Civil, al indicar que la hipoteca es indivisible, se está refiriendo a la imposibilidad de exigir y obtener cancelaciones formales de las mismas como consecuencia de los distintos pagos parciales hechos al acreedor de la obligación asegurada, y a que cuando el acreedor hipotecario transmite su derecho a dos o más personas la hipoteca no ve transformada su capacidad de afectación sobre toda la finca y por el total importe asegurado. El pactar la divisibilidad o renunciar a la indivisibilidad no significa practicar tantas nuevas inscripciones de hipoteca como acreedores hipotecarios existan, sino tan sólo consentir esas cancelaciones parciales. Que el artículo 124 de la Ley Hipotecaria se refiere a la «división» de una hipoteca en el sentido de distribuir la responsabilidad hipotecaria cuando, por razón de un crédito son varias las fincas hipotecadas, y en este sentido, la «división» es admisible (incluso obligatoria: art. 119 de la Ley Hipotecaria), pero no en el presente caso, entendida la división en el sentido de partir en

dos una hipoteca, de tal modo que lo que era una hipoteca sobre una finca pase a convertirse en dos sobre la misma finca, tanto por el carácter formal de la constitución y cancelación de la hipoteca como por el carácter accesorio de la misma respecto de la obligación garantizada, sin que quepa alegar el principio de la autonomía de la voluntad, pues tal posibilidad sería contraria al artículo 1.857.1 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria: las partes «dividen» el crédito originario de tal modo que surgen dos, uno de ellos coincide, salvo en lo que respecta a la cuantía del capital, que disminuye, con el crédito original, y otro que se diferencia no sólo en la cuantía del capital sino también en los intereses, plazo de vencimiento y en el específico régimen aplicable, de forma que con el método de división del préstamo y de la hipoteca originaria quiebra la accesoriedad esencial de la hipoteca ya que la cobertura hipotecaria propia de una obligación pasa a garantizar a otra obligación distinta (entre otras, Resolución de 23 de diciembre de 1987). Que al admitir la posibilidad de tal «división» se alterna de modo voluntario el imperante orden de preferencias y prioridades impuesto por los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil: en el caso que las dos hipotecas nazcan por división material de otra previamente existente, la fecha que determinaría la preferencia sería la de la inscripción de la primera hipoteca, pero en el supuesto que las dos hipotecas tengan su origen en la inscripción de las mismas, previa cancelación total o parcial de la hipoteca previamente inscrita, la fecha que determinaría su preferencia sería la de las inscripciones correspondientes. En el primer caso se estaría, por tanto, admitiendo una reserva implícita de rango a favor de las obligaciones futuras y totalmente indeterminadas, lo cual ha sido rechazado por la Resolución de 17 de enero de 1994. Que de los artículos 38, 76, 80.2 y 122 de la Ley Hipotecaria, se desprende la necesidad formal de practicar un asiento de cancelación parcial si se pretende que la hipoteca garantice una cuantía inferior a la primitivamente garantizada. En el presente caso se produce una novación del primitivo contrato, no modificativa, sino extintiva, pues las partes no se han limitado a variar de forma beneficiosa los intereses del préstamo primitivo sino que han mantenido parcialmente el primitivo préstamo y han creado otro con un régimen jurídico distinto y por tanto una novación de este tipo da lugar a una cancelación, total o parcial, al amparo del artículo 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, y al acto formal de constitución de la nueva o de las nuevas hipotecas.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste.

VI. El Notario autorizante apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que en el presente caso no se trata de dos obligaciones diferentes, sino de una misma obligación que se divide en otras dos, siendo el mismo deudor y acreedor del préstamo, la misma finca hipotecada sigue respondiendo del capital y del interés pactado inicialmente y la cuenta de cargo de las amortizaciones también es la misma, y precisamente al dividirse el mismo crédito en dos, igual suerte ha de seguir la hipoteca que lo garantiza, por el principio de accesoriedad, tratándose pues de una novación modificativa y no constitutiva de la obligación primitiva. Tampoco se altera el sistema de prelación de créditos que establecen los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, ya que no hay terceros perjudicados y puede aplicarse el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.255 y 1.860 del Código Civil, 122 y 144 de la Ley Hipotecaria.

1. En el caso objeto de este recurso concurre las siguientes circunstancias de hecho: *a)* Conforme a lo pactado en escritura de 30 de enero de 1996, en su día se inscribió la hipoteca constituida sobre determinada finca en garantía de un préstamo de 6.300.000 pesetas; quedando en la actualidad pendiente de amortizar la suma de 5.800.780 pesetas, por lo que la entidad acreedora da carta de pago por la suma de 499.220 pesetas y consiente la cancelación parcial correspondiente. *b)* Posteriormente a la obtención del préstamo y constitución de la hipoteca dicha, la parte deudora consiguió de la Generalitat de Catalunya la subsidiación de dicho préstamo, y no alcanzando la subsidiación de interés a la totalidad del préstamo hipotecario antes mencionado sino sólo a la cantidad de 5.040.000 pesetas, mediante escritura de 7 de abril de 1998, cuya inscripción se solicita ahora, las partes intervinientes dividen el citado crédito e hipoteca en los dos siguientes: Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango registral de primera hipoteca en garantía de 5.040.000 pesetas, y se regirá por los pactos contenidos en la escritura de 30 de enero de 1996 con las modificaciones que ahora se introducen, quedando la finca hipotecada respondiendo por razón de este crédito de 5.040.000 pesetas de principal, tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 818.597 pesetas y la suma de 504.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos. Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango de segunda hipoteca en garantía de 760.780 pesetas de principal, y que se regirá por lo dispuesto en la escritura de 30 de enero de 1996, quedando la finca hipotecada respondiendo por razón de este crédito de la cantidad de 760.780 pesetas de principal, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 191.716 pesetas y de la suma de 400.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos. *c)* El Registrador deniega la inscripción de dicha escritura por diferentes motivos, de los que sólo son objeto de este recurso los siguientes: I. Se «divide» la hipoteca, lo cual es contrario al artículo 1.860 del Código Civil. II. Se pretende que la hipoteca actual, que garantiza un total de seis millones trescientas mil pesetas de capital, tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de un millón quinientas ochenta y siete mil seiscientas pesetas y seiscientas treinta mil pesetas en concepto de costas y gastos, dé lugar a dos hipotecas: una, con el rango de primera, que garantiza un total de cinco millones cuarenta mil pesetas de principal, ochocientos dieciocho mil quinientas noventa y siete pesetas en concepto de intereses remuneratorios y quinientas cuatro mil pesetas en concepto de costas y gastos; y otra, con el rango de segunda, que garantizará un total de setecientos sesenta mil setecientos ochenta pesetas de principal, ciento noventa y una mil setecientos dieciséis pesetas en concepto de intereses remuneratorios y de cuatrocientas mil pesetas en concepto de costas y gastos. Y ello se hace vulnerando el artículo 122 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.875.1 del Código Civil, pues para que la actual hipoteca inscrita quede garantizando las responsabilidades predicadas de la que quedaría como «primera» hipoteca, se hace necesario la cancelación parcial de todas las diferencias de responsabilidades entre una y otra, tanto por principal como por intereses y costas. Y para que pueda existir una «segunda» hipoteca se hace necesario la manifestación formal y expresa de que «se constituye» esta nueva hipoteca, sin que pueda admitirse (defecto I) que nazca de la «división» de hipoteca preexistente.

2. Ambos defectos en realidad se reconducen a uno solo, éste es, si es inscribible la modificación de un crédito hipotecario por la que el primitivo crédito e hipoteca se divide en dos, pasando la finca hipotecada a estar gravada con una primera y otra segunda hipoteca en garantía del principal, intereses y costas que corresponden por cada uno de los respectivos créditos. Ciertamente el artículo 1.860 del Código Civil y el 122 de la Ley Hipotecaria, establecen la indivisibilidad de la hipoteca, pese a la división del crédito o la deuda, más es evidente que dicho precepto contempla la hipótesis en que tal división se produce sin intervención del propietario del predio gravado o de quienes pudieran ser afectados por la modificación de la garantía real; sin que exista obstáculo alguno al acuerdo entre deudor hipotecante y acreedor hipotecario, cuando no hay gravámenes posteriores sobre el bien afecto, para que convenga el fraccionamiento del crédito y de la propia garantía, de modo que quepa la exigibilidad separada de cada una de las partes resultantes, tanto si se ejercita la mera acción personal, como si se pretende ejercitar la respectiva acción hipotecaria, sin necesidad de cancelar parcialmente la hipoteca preexistente por el exceso entre la primitiva responsabilidad garantizada y una de las fracciones resultantes, y constituir nueva hipoteca en favor de la otra; si la garantía constituida en su día garantizaba todo el crédito del actor, cualquiera de las partes independientes en que éste se fraccione debe seguir garantizado hipotecariamente, con la única particularidad de que ahora las respectivas coberturas reales podrán ser actuadas separadamente.

Fallo.—Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto.

Madrid, 8 de abril de 2002.—La Directora General, *Ana López-Montís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO

Un crédito garantizado con hipoteca (y así inscrito) se divide en dos créditos distintos, y la hipoteca que lo garantiza se divide, asimismo, en dos nuevas hipotecas de rangos, 1 y 2 respectivamente, que recaen sobre la misma finca hipotecada. ¿Es posible inscribir esta modificación?

Este es el problema que se plantea en esta Resolución, y la DGRN entiende que sí que es posible llevar a cabo esta división, a pesar de la indivisibilidad de la hipoteca, basándose en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Si ambos (acreedor y deudor hipotecante) así lo quieren, y no existiendo terceros que pudieran verse perjudicados por esa división y correspondiente alteración de rangos, el Centro Directivo considera posible esta división, pues las garantías hipotecarias son suficientes.

El primer obstáculo que nos encontramos al analizar esta Resolución, y que en principio nos llevaría a mantener una postura contraria a la de la DGRN es la indivisibilidad de la hipoteca. En efecto, la hipoteca, como en general los derechos reales de garantía, es indivisible, así lo consagran los artículos 1.860 del Código Civil y 122 LH (1), al afirmar que aunque se reduz-

(1) Artículo 1.860.1 del Código Civil: «La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o acreedor».

ca el crédito garantizado o se divida el inmueble sobre el que recae la hipoteca, ésta permanece íntegra y no puede dividirse.

La indivisibilidad de la hipoteca, confirmada en nuestra legislación, proviene de la tradición romana, consagrada por el Derecho intermedio y en la codificación, tomando como modelo el Código Civil francés que se basó en el tradicional axioma *est tota in toto et tota in qualibet parte*. Posteriormente, también el Proyecto del Código Civil de GARCÍA GOYENA de 1851 (2) recogió esta idea, que se mantuvo hasta que ha llegado a nuestros días a través de los artículos citados. Igualmente la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 ya se hizo eco de esta idea (3), y se consolidó a través de las posteriores leyes hipotecarias hasta llegar a la vigente LH en sus artículos 122, 123, 124 y 125.

Pues bien, la indivisibilidad de la hipoteca tiene como consecuencia que permanece intacta e íntegra aunque se divida la finca hipotecada o se reduzca la obligación que garantiza. La razón de ser de esta indivisibilidad es precisamente otorgar mayor garantía y seguridad al propio acreedor hipotecario que sabe que va a poder cobrar su crédito más fácilmente, pues la responsabilidad o garantía hipotecaria permanece inalterable, única, y no disminuye aunque lo hiciera esa obligación o bien dado en garantía. Se trata de conseguir mayor confianza y aumento del crédito territorial y evitar la dificultad que, a veces, supone dividir la cosa gravada en proporción al crédito (4).

Artículo 122 LH: «La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los siguientes artículos».

(2) Artículo 1.798 del Proyecto del Código Civil 185, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo I, vol. I, ed. Castalia, Madrid, 1989, pág. 96: «La hipoteca es indivisible y como tal subsiste toda sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de las partes».

(3) Exposición de Motivos de la LH de 1861, véase en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo I, vol. I, ed. Castalia, Madrid, 1989, págs. 277-278: «el derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fue entre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa. Existiendo la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes subsistirá íntegra mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantizada y permanecerá íntegramente sobre la parte de bienes que quede en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es también que, cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca también íntegramente sobre cada una de las nuevas fincas, a no ser que el acreedor y el deudor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace la distribución, la antigua hipoteca queda extinguida y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por esto, pagada la parte del crédito con que está gravada alguna de ellas, queda ésta libre; y por el contrario, cuando es una sola la finca hipotecada, o cuando siendo varias no está distribuida entre ellas la hipoteca, ni señalada la parte a que quede afecta cada una, no podrá el dueño exigir que se libere ninguno de los bienes hipotecados ni una parte de ellos, por grande que sea la cantidad que haya pagado, mientras no haya sido satisfecha toda la deuda».

(4) Véase, en este sentido, a ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 190; GUILARTE ZAPATERO, V., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, EDERSA, Madrid, 1979, pág. 373; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1951, págs. 54 y 55.

Además, para la mayoría de los autores (5), la nota o el carácter de indivisible de la hipoteca no es de esencia o de la propia estructura coyuntural del derecho real de hipoteca, sino más bien, una característica más de la hipoteca, pero que puede tener sus excepciones, y no cumplirse siempre, sin que ello repercuta en la esencia misma del derecho de garantía. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto del artículo 123 LH, que permite, si así lo quieren acreedor y deudor, dividir la garantía hipotecaria, cuando la finca dada en garantía de un crédito se dividiera en dos o más porciones.

Como lógica consecuencia de todo esto, parece que si el acreedor quisiera, podría, o bien pactar con el deudor, o bien renunciar a ese carácter de indivisible de la hipoteca, porque en ese supuesto le conviniere más. Pues si sólo se constituye en su favor, no hay ningún impedimento en aceptar esa modificación. Como muy bien señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (6), «La hipoteca es indivisible. Quiere decirse que, *mientras el acreedor no consienta su modificación*, la hipoteca persiste entera e idéntica»; de donde, es la voluntad o consentimiento del acreedor la que, en definitiva, otorga tal carácter a la hipoteca. De igual forma, PUIG PEÑA (7) mantiene que «la doctrina y la legislación autorizan la renuncia al principio de la indivisibilidad, estableciendo el pacto en contrario, por cuya virtud se tenga derecho a exigir la cancelación parcial proporcionalmente al pago fraccionado del crédito. Aparte de esta declaración formal de renuncia a la indivisibilidad, puede la misma tener lugar de un modo unilateral *a posteriori*, como si el acreedor consiente un pago parcial con la consiguiente liberación de parte de la hipoteca».

De esta forma, no veo inconveniente alguno en que el acreedor y deudor decidan, prestando sus consentimientos a ello (y sobre todo el acreedor, que es el que va a perder las ventajas de una garantía hipotecaria indivisible), que tras dividir el crédito garantizado con hipoteca, decidan dividir igualmente la garantía hipotecaria, pasando ahora a existir «tantas hipotecas como créditos», y en cada uno de ellos sí que será indivisible.

Esta opción se puede extraer por analogía con el propio artículo 123 LH, que permite, como excepción, que tras la división de la única finca hipotecada en garantía de un único crédito, acreedor y deudor puedan dividir la responsabilidad hipotecaria entre esas nuevas fincas resultantes, de forma que habrá

(5) Véase a ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, *ob. cit.*, págs. 188 y 189: «La indivisibilidad, con todo, no es característica institucional de la hipoteca, sino producto de creación de la Ley; por ello admite pacto en contrario y sus beneficios pueden ser renunciados o no utilizados por el acreedor»; GUILARTE ZAPATERO, V., en AA.VV., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», *ob. cit.*, pág. 373: «Ciertamente, la indivisibilidad de la garantía real que se proyecta sobre el crédito y sobre la cosa, ni deriva de principios lógicos inderogables, ni es una nota de carácter institucional, por lo que no debe considerarse como esencial la prenda e hipoteca, sino simplemente natural»; PUIG PEÑA, F., «Tratado de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 54: «Esta característica —la indivisibilidad— no es esencialísima al Derecho real de hipoteca, sino simplemente natural al mismo, y, por tanto, como veremos más adelante, puede ser suprimida por las partes cuando convenga a sus intereses»; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1291: «Sin embargo, la indivisibilidad no es de esencia en la hipoteca, como lo es en las servidumbres. Es un carácter de la misma que puede tener sus excepciones».

(6) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 118.

(7) Véase PUIG PEÑA, F., «Tratado de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 58.

tantas hipotecas como fincas, y cada una recaerá con exclusividad e indivisibilidad sobre la porción resultante que se hubiera pactado.

La doctrina establecida en la Resolución de 12 de julio de 1945 resume muy bien todo lo que se defiende en estas líneas, ya que sostiene que: «Considerando que el principio de indivisibilidad de la hipoteca, consagrado en nuestra legislación hipotecaria, puede sufrir atenuaciones al permitir a las partes el artículo 123 de la Ley que renuncien a las consecuencias que del mismo se derivan, y como en todo momento, es facultad del acreedor limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división, su voluntad claramente manifestada en este sentido no debe encontrar obstáculos y sí producir sus naturales efectos y consecuencias, sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un solo trozo de finca, sobre el que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados por tal determinación».

Pues bien, creo que esto mismo puede ocurrir en el supuesto no contemplado por el del Código Civil de división del crédito garantizado. Si las partes quieren voluntariamente dividir ese crédito en dos créditos nuevos y distintos, no hay obstáculo para que *a posteriori*, y siempre con el consentimiento del acreedor «perjudicado», pueda dividirse la responsabilidad hipotecaria entre ambos créditos.

Es más, el principio de especialidad y accesoriedad hipotecaria más bien lo impondría, ya que si existen dos partes diferenciadas, dos créditos, deben existir dos hipotecas que los garanticen, pues no puede garantizarse con una sola hipoteca dos o más obligaciones, como exige el viejo axioma hipotecario: 1 hipoteca = 1 crédito. Y es normal que el rango sea distinto al tratarse de dos hipotecas diferentes, y el orden ha sido pactado por las partes, tal y como se permite en los supuestos de posposición y reserva de rango hipotecario, que siempre han sido objeto de negocio jurídico.

Todo esto sin olvidarnos, por supuesto, de que es posible, pues no existen terceros que pudieran resultar perjudicados por tales alteraciones, ya que si fuera así, sería imposible llevar a cabo estos cambios, sin alterar o contravenir el principio de prioridad registral, pues esa constitución de nuevos rangos podría tener como consecuencia un retraso en los puestos de terceros, y eso sí que no sería posible.

Pero en este caso concreto no veo problema para que pueda llevarse a cabo esa división y distribución de responsabilidad hipotecaria, pues la indivisibilidad de la hipoteca no es de esencia de la misma, favorece al acreedor y por tanto puede suprimirse con su consentimiento, y aquí está claro que esa es precisamente la voluntad del acreedor hipotecario, pues sólo en esas condiciones de división y de rango 1 y 2 le interesa la operación, que de otra forma no hubiera consentido, pues la Generalitat exige que la hipoteca que garantiza el pago del crédito subsidiario tenga el rango de primera.

Coincido en este caso con la DGRN, en todos estos planteamientos, sin embargo, discrepo de la opinión del Centro Directivo, y me acerco más a la del Registrador, en cuanto que a pesar de ser factible y posible esa división, esa renuncia a la indivisibilidad, etc., considero que sería mucho más acertado con nuestro sistema y principios registrales, que dicha modificación llegara al Registro a través de lo establecido en los artículos 144 LH y 240 RH, que prevén, precisamente, la necesidad de la constancia registral de las modificaciones que puedan sufrir las obligaciones hipotecarias.

Por lo tanto, y desde mi punto de vista: sí se acepta la división del crédito hipotecario; también la división de esa responsabilidad hipotecaria por convenio de las partes; pero, creo que la constancia registral de esos cambios (novaciones), y la existencia de dos nuevos créditos con sus respectivas garantías hipotecarias debería hacerse a través de las cancelaciones y nuevas inscripciones exigidas en los artículos citados.

Por otra parte, echo de menos una referencia más explícita a los problemas que se derivarían de la existencia de terceros o titulares de cargas intermedias, que desde luego, de existir, considero que impedirían definitivamente esta operación.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. NOVACION Y AMPLIACION DE CREDITO.—NO ES POSIBLE QUE LA GARANTIA HIPOTECARIA INICIAL PASE A GARANTIZAR ESA NUEVA AMPLIACION. (RESOLUCIÓN DE 30 ABRIL DE 2002. BOE DE 26 DE JUNIO DE 2002.)

RESOLUCION de 30 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por los Notarios de Madrid don Ignacio Maldonado Ramos y don Roberto Blanquer Uberos frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Leganés, número 2, don Fernando Muñoz Cariñanos, a inscribir una escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario en virtud de apelación de los recurrentes.

Hechos.—I. Por escritura que autorizó el Notario de Madrid don Ignacio Maldonado Ramos, como sustituto, por imposibilidad accidental de su compañero don Roberto Blanquer Uberos y para el protocolo de éste, el 12 de junio de 1997, el «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», y los cónyuges don J. F. S. y doña A. C. U. procedieron a la que se denominó ampliación y novación de préstamo hipotecario; en ella, las partes reconocen que un préstamo con garantía hipotecaria sobre determinada finca que el primero había concedido a los segundos en escritura de 3 de noviembre de 1994, por importe de diez millones de pesetas, arrojaba un saldo después del último vencimiento el 3 de junio de 1997, de siete millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientas veintitrés pesetas y que han decidido su novación modificativa aumentando la cantidad prestada y pendiente de devolución en dos millones doscientas catorce mil quinientas setenta y siete pesetas, recibidas por la parte prestataria, pasado a ser lo adeudado por razón del préstamo ampliado de nueve millones novecientas mil pesetas; y tras introducir ciertas modificaciones en el tipo de interés y el plazo de amortización, se convino que: «La hipoteca constituida se conserva para seguir garantizando el préstamo novado con la sola modificación de la ampliación del plazo de su vida y sin que a la garantía hipotecaria se atribuya variación alguna en ninguno de sus conceptos por considerarse innecesario, dado el importe actual de las obligaciones a garantizar. Ambas partes posponen cualquier operación cancelatoria a un momento posterior a hoy y prorrogan la vigencia de la hipoteca por el tiempo de prórroga del préstamo». En el Disponendo Segundo se convino: «Si la parte prestataria incurriese en mora, quedará obligada a satisfacer al Banco, sin necesidad

de previo requerimiento de pago, intereses de demora al tipo que resulta de añadir cinco puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio vigente al producirse la demora. Dicho tipo girará sobre las sumas cuyo pago se haya incumplido y se devengará diariamente, liquidándose el día en que la parte prestataria efectuara el pago o hubiera saldo suficiente en la cuenta de la parte prestataria en que estuvieran domiciliados los pagos, quedando el Banco autorizado para proceder al oportuno adeudo en tal cuenta, y ello sin perjuicio de la liquidación que proceda por la parte no pagada, a efectos de la reclamación judicial o extrajudicial. En relación con lo convenido en el párrafo anterior se entiende por mora todo retraso, cualquiera que fuese su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago que incumben a la parte prestataria con arreglo a lo establecido en la escritura de préstamo, incluso de las obligaciones consistentes en reintegrar al Banco el capital adeudado, más los intereses y demás conceptos que procedan en caso de vencimiento del préstamo por causa prevista contractualmente».

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, número 2, de Leganés, fue calificada inicialmente con nota en la que se expresaba:

«1.º La finca, según el Registro, figura hipotecada en garantía de un préstamo de diez millones de pesetas de principal, siendo el saldo deudor del referido préstamo a fecha 3 de junio de 1997, según se hace constar en el exponendo III de la escritura, de siete millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientas veintitrés pesetas. En la escritura objeto de calificación se aumenta el préstamo en dos millones doscientas catorce mil quinientas setenta y siete pesetas, por lo que el importe adeudado pasa a ser de nueve millones novecientas mil pesetas. 2.º La fijación del saldo actual del préstamo es una operación contable que, aunque pueda tener reflejo registral, pues así lo permite el artículo 240 del Reglamento Hipotecario, no produce por sí misma la cancelación parcial de la responsabilidad hipotecaria. 3.º Conforme a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca subsiste íntegra mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantizada y por tanto la actual responsabilidad hipotecaria de la finca, con la ampliación realizada debe ascender a la cantidad de doce millones doscientas catorce mil quinientas setenta y siete pesetas. 4.º Frente a lo expresado en los apartados anteriores de la nota, podría sostenerse que en esta hipoteca en concreto, el total del capital del crédito, una vez ampliado y novado, es de cuantía inferior a la responsabilidad hipotecaria inscrita. Aceptar este argumento supondría convertir la hipoteca ordinaria o de tráfico originariamente constituida en otra de máximo, en su modalidad de hipoteca flotante, en la que, cumpliéndose la condición señalada al principio, podrían llevarse a cabo sucesivas ampliaciones del crédito, una vez amortizada la parte suficiente del mismo, con mantenimiento de la hipoteca inicial. Subsanao el anterior defecto tampoco serán inscribibles los pactos siguientes: 1. El anatocismo que se contiene en los dos últimos párrafos del Disponendo Segundo de la escritura, desde las palabras «Dicho tipo girará... hasta el final del mismo por ser contrario al principio de especialidad. 2. Los contenidos: En el Disponendo Cuarto, sobre la Tasa Anual de Equivalencia; en el párrafo primero del Disponendo Segundo sobre comisión de apertura; en Disponendo Noveno en cuanto a la palabra “comisiones” y, finalmente, en el Disponendo Décimo sobre gastos e impuestos, por carecer todos ellos de trascendencia real».

Nuevamente presentado dicho documento en el citado Registro, fue calificada con nota, que es contra la que se recurre, fechada el 25 de febrero de 1999, en la que consta:

«Presentado el precedente documento con fecha 10 de los corrientes bajo el número 621 del Diario 23 de este Registro y solicitada nueva nota de calificación, se reproduce en idénticos términos la que fue extendida con fecha 14 de julio de 1998 y que precede a la presente».

III. El Notario autorizante de la escritura y el Notario titular del protocolo interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: Que mediante escritura otorgada el 3 de noviembre de 1994, ante el Notario de Fuenlabrada, don Joaquín Gotor Mestre, se celebró un contrato de préstamo y constitución de hipoteca entre una entidad de crédito y una promotora. El préstamo quedó convenido por un importe principal de diez millones de pesetas, al tipo de interés fijo, por un plazo que expira el 3 de noviembre de 2002, conviniéndose que la devolución del préstamo y la satisfacción de los intereses devengados se llevase a efecto mediante pagos mensuales, calculados, según fórmula financiera, cuya aplicación conduce al resultado, según el cual, todos los pagos mensuales tendrán la misma cuantía (sistema francés) resultando conocida con toda precisión tanto la parte de cada pago imputada a la devolución del principal como la parte imputada a la satisfacción de intereses. Según lo dispuesto en los artículos 9.2.º y 8.º y 12 de la Ley Hipotecaria, tales circunstancias y condiciones que modalizan y singularizan la relación de préstamo deben constar en el asiento correspondiente a la inscripción de la escritura constitutiva de hipoteca. Se genera así una situación de separación entre la relación jurídica nacida del contrato de préstamo y el derecho real de garantía, pues una vez que se haya pagado el primer vencimiento de amortización, resulta que el importe de la deuda por principal es inferior al importe que la hipoteca asegura por el concepto de principal. Esta situación resulta publicada en el propio asiento de hipoteca extendido conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria. Que la hipoteca constituida en garantía de un préstamo que debe ser restituido por el procedimiento financiero conocido como de amortización por el sistema francés, se separa del tipo legal y usual de la hipoteca de tráfico. Que en este tipo de hipoteca el efecto respecto de tercero de la inscripción es la reserva a favor del titular del asiento de hipoteca de un derecho de realización de valor por importe igual al del principal del préstamo, por el tiempo de vigencia y por el tiempo de prescripción extintiva de veinte años contados desde el vencimiento del plazo de vida del contrato de préstamo (art. 128 de la Ley Hipotecaria). Que vigente la situación descrita, ambas partes convienen una novación modificativa, cuya calificación se recurre, en la que se toma como punto de partida la cantidad prestada pendiente de devolución y se aumenta en concepto de novación modificativa, se aumenta el plazo de duración del préstamo y se modifica el tipo de interés, pasando de fijo a variable. Que la nota de calificación tiene una redacción confusa. Que las partes al novar la relación de préstamo no pretenden novar la garantía hipotecaria sino que pretenden que ésta se conserve respecto de tercero inmodificada, al amparo de lo previsto en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, puesto que la novación de la relación obligatoria garantizada se realiza sin modificar el marco cuantitativo y temporal de la garantía hipotecaria y dentro del mismo. Que el artículo 122 de la

Ley Hipotecaria invocado en la nota demuestra lo contrario de lo que se pretende. El Registrador pretende un asiento de ampliación de la responsabilidad hipotecaria a una cantidad que nunca ha sido debida por el prestatario. Que se rechaza la calificación de anatocismo. Que como Fundamentos Jurídicos se alegan los artículos 1.255 del Código Civil y su sanción constitucional, y el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento. El artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y 179 del Reglamento Hipotecario, en cuanto vienen a demostrar que el asiento registral beneficia a su titular. El artículo 122 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que proclama la subsistencia íntegra de la hipoteca mientras no se cancele. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria, que establece la forma de proceder en relación a los asientos registrales cuando se modifica una relación hipotecaria o una garantía hipotecaria, no es aplicable al supuesto objeto de recurso, ya que se manifiesta por las partes la voluntad de conservarla inalterada. Que los artículos citados por el Registrador en su nota en apoyo de su calificación demuestran lo contrario de lo que pretende sostener. Que no existe contradicción en el título calificado cuando, por una parte, fija el importe actual de lo adeudado por el principal del préstamo en relación con el comienzo de efectos de la modificación de condiciones de la relación de préstamo y por otra parte mantiene invariada la cifra de la garantía hipotecaria y por otra prestan el consentimiento sustantivo ampliatorio de ésta por el importe correspondiente a la cifra adeudada después de la novación en relación con la cifra inicial del préstamo que es la cifra inicial de garantía hipotecaria, de cuyo consentimiento debe nacer el correspondiente asiento registral.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de la nota, informó: I. En defensa del primer defecto recurrido: 1) Que el texto del escrito del recurso contiene una argumentación conceptual y repetitiva y utiliza un razonamiento que no tiene encaje en el sistema jurídico español sobre hipotecas. Después de una explicación sobre las características del sistema francés de amortización del crédito garantido, se llega a la conclusión de que cualquier hipoteca constituida en garantía de un préstamo, en el que se pacte un sistema de amortización periódica, con pagos de idéntica cuantía, no puede ser calificada de hipoteca ordinaria o de tráfico. Efectivamente han sido consecuentes los Notarios en la redacción del documento. 2) Que es evidente que cuando se amortiza el primer plazo del préstamo, se produce un desajuste entre la cantidad debida y su garantía. Que se considera que ésta es una cuestión que debe ser resuelta en sede judicial en el momento de la ejecución, al efectuar la liquidación de la deuda pendiente de pago. Que se señala lo que dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1994. 3) Que por bien que se reduzca la obligación garantizada, la hipoteca subsiste íntegra, en cuanto a tercero, sobre la finca. Así lo dispone el artículo 122 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 76 de la misma. Que, por tanto, si se amplía el préstamo y no se cancela parcialmente la hipoteca en cuanto a la parte pagada, hay que aplicar la responsabilidad hipotecaria inscrita. 4) Que la conclusión a que parecen llegar los recurrentes es que todas las hipotecas constituidas en garantía de una obligación, cuya amortización se pacta por el llamado sistema francés, son hipotecas de seguridad, aunque no se especifique qué tipo de entre ellas. Lo que sí hacen es pronunciarse sobre los efectos de esa supuesta hipoteca de seguridad, para concluir que la vida independiente de la garantía permite y facilita cualquier alteración del crédito garantizado, siempre que éste no supere la cuantía de la garantía originariamente

inscrita. Que por este camino se llega inevitablemente a la hipoteca flotante conforme a los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que, en definitiva, la hipoteca objeto de modificación es una hipoteca ordinaria, de tráfico. Que si se altera el crédito garantizado será necesario, conforme a la legislación vigente, la cancelación de la responsabilidad hipotecaria, correspondiente de la fracción de crédito amortizada o ampliar la responsabilidad tabular en la parte correspondiente al nuevo crédito concedido, único medio de que la garantía registral cumple con el principio de prioridad. Que el mecanismo propuesto puede afectar directamente a la prioridad del gravamen y crea una indeterminación frente a terceros. II. En cuanto al segundo defecto de la nota: Que la distinción del anatocismo consistente en capitalizar los intereses devengados y no satisfechos es cuestión ya resuelta por el Centro Directivo. Que en la escritura calificada se conviene que también devengarán intereses los demás conceptos que procedan, en caso de vencimiento del préstamo, por causas previstas contractualmente. Estos «demás conceptos» absolutamente indeterminados, son ajenos al concepto de intereses limitatorios.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó desestimar el recurso fundándose en las exigencias del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, de donde ha de deducirse que, o bien se cancela parcialmente la hipoteca existente en cuanto a la cantidad no debida, o partiendo de la garantía actual se amplía la responsabilidad hipotecaria hasta la totalidad de lo percibido en concepto de préstamo; y en cuanto a los intereses de demora, la ambigüedad de los términos «y demás conceptos que procedan» contradice el principio de especialidad.

VI. Los Notarios recurrentes apelaron el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadieron: Que el principio de autonomía de la voluntad queda infringida. Que en este caso, si la relación del préstamo entre prestamista y prestatario permanece dentro del marco de los límites cuantitativos y temporales de la garantía hipotecaria resulta necesaria la modificación del asiento en cuanto a ella, aunque se actualice en cuanto a la situación de la relación de préstamo asegurada hipotecariamente. Que lo referente al devengo de intereses moratorios, según lo convenido, cabe dentro del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, salvo lo señalado en el auto.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.212, 1.528, 1.860 y 176 del Código Civil; 12, 82, 104, 122, 124, 127, 135 y 144 de la Ley Hipotecaria; 575, 578, 657 y 693 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil; y las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 30 de marzo, 7 de junio y 27 de julio de 1999, 26 de mayo de 2001 y 17 de enero de 2002.

1. De los cuatro primeros defectos de la nota de calificación, referidos todos ellos a la posibilidad de conservar la misma garantía hipotecaria existente para cobijar en ella la que se denomina novación del préstamo por ampliación mediante una nueva entrega de la cantidad pendiente de devolución, el primero es una mera exposición de hechos; entienden el segundo y el tercero que, aparte de que no parece ser lo que se pretende, no es posible una cancelación parcial de la hipoteca tan sólo por reconocerse que se ha reducido el importe de la obligación asegurada; y es el cuarto el que rechaza la posibilidad de utilizar la hipoteca existente para garantizar las nuevas cantidades debidas como consecuencia de la ampliación del préstamo.

2. En definitiva, son dos los problemas que se plantean: en primer lugar, si procede o no una cancelación parcial de la hipoteca existente al reconocerse que se ha reducido el importe de la obligación garantizada; y en segundo, si cabe utilizar esa hipoteca en la medida en que está garantizando una suma superior a lo realmente debido, para dar cobertura a una ampliación posterior de la obligación inicialmente garantizada. Ambas cuestiones se abordaron en la Resolución de este Centro de 26 de mayo de 2001 y deben merecer ahora la misma solución que entonces.

Decía aquélla que la indivisibilidad de la hipoteca que proclaman los artículos 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria, aun en el supuesto de que se dividan el crédito o la deuda o se extinga parcialmente la obligación garantizada, determina su subsistencia al margen de los avatares de ésta en tanto no se cancele, cancelación que ya sea total o parcial, en todo caso, exige el consentimiento de su titular o sentencia firme que la ordene (cfr. art. 82 de la Ley Hipotecaria). De ahí que el simple reconocimiento de haberse reducido la obligación garantizada, ni tan siquiera su constancia registral, por lo demás frecuente en los supuestos de asunción de deuda por el adquirente de la finca gravada o de subrogación en la titularidad de la hipoteca, impliquen el consentimiento cancelatorio que la puede determinar. La constancia del pago parcial que expresamente contempla el artículo 144 de la Ley Hipotecaria y desarrolla el 240 de su Reglamento, producirá los efectos que de su reflejo registral puedan derivarse, pero deja incólume el derecho de hipoteca inscrito.

3. Ahora bien, de esa subsistencia de la hipoteca en su integridad, pese a la reducción de la obligación que garantice no puede deducirse, tal como se pretende, que pueda utilizarse en la medida en que se da tal exceso para garantizar la que se denomina ampliación por novación modificativa de la obligación asegurada.

Parten los recurrentes de una configuración de aquella hipoteca para la que se convino el conocido como sistema francés de amortización —aquél en que a través de cuotas periódicas, por lo general constantes, se van a la vez que satisfaciendo los intereses del préstamo abonando cantidades en concepto de amortización del capital— como un *tertius genus* distinto de las hipotecas ordinarias o de tráfico y de las de seguridad. Dado que, según argumentan, desde el momento en que se paga la primera de las cuotas existe ya una divergencia entre la suma garantizada con la hipoteca y la realmente debida, existe una separación, aunque sea relativa, entre la relación contractual de préstamo, que vive en la realidad extrarregistral al ritmo de los pagos realizados, y la garantía registral a través de la hipoteca, que supone frente a terceros la reserva de un derecho de realización de valor por un importe y plazos determinados, garantía que puede perfectamente sobrevivir para seguir garantizando hasta la suma que lo hacía, aunque no más, la misma relación de préstamo después de su ampliación novatoria.

Tan ingeniosa construcción no puede admitirse. La hipoteca ordinaria o de tráfico, frente a la llamada de seguridad, es la que garantiza una obligación ya existente y de cuantía determinada, al margen de cual sea el sistema previsto para su pago o devolución. Pretender que la Ley Hipotecaria no regula la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a pagos o devoluciones parciales es ignorar el contenido de sus artículos 122, 124, 127 ó 135, este último en la redacción vigente al tiempo de constituirse la hipoteca, o en orden a su ejecución los 575, 578 y 693 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y es que la indivisibilidad de la hipoteca, a que antes se hacía referencia, no es sino una de las consecuencias de su accesoriadad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), por un importe determinado o máximo (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (arts. 1.212 y 1.528 del Código Civil) y se extingue, sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro, tal como parece pretenderse al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del originalmente existente. No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente como una reserva de rango disponible a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cual sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 7 de junio de 1999). Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cosa distinta es la posibilidad de la llamada ampliación de hipoteca con objeto de dar cobertura real a las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del préstamo hasta entonces garantizado, que ha sido admitida por Resolución de 17 de enero pasado con el alcance que en la misma se señala.

Por último, se plantea otra cuestión, referida a la garantía hipotecaria de los intereses de demora al suspenderse la inscripción de parte del pacto sobre su devengo. Existe en este punto una evidente falta de inteligencia entre lo que los recurrentes entienden que se rechaza, el pacto de anatocismo o que los intereses no abonados oportunamente devenguen intereses de demora, y lo que según el Registrador es objeto de su negativa, la base de cálculo de los intereses moratorios por la referencia que en cuanto a ella se hace a unos indeterminados «demás conceptos que procedan».

No se descarta por tanto la inscripción de la obligación de satisfacer intereses moratorios, ni del tipo que se fija para los mismos, ni de su garantía hipotecaria, sino tan sólo del pacto sobre su base de cálculo. Pues bien, siendo ciertamente imprecisa la expresión referida —«demás conceptos que procedan»— y su admisión contraria al principio de especialidad registral, es suficiente con limitar a ella el rechazo de la inscripción sin tener que hacerla extensiva a todo el párrafo en el que se contiene, donde se incluyen reglas de liquidación de tales intereses que en otro caso no constarían en el Registro.

Fallo.—Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso revocando el auto apelado tan sólo en cuanto confirmó íntegramente el

último de los defectos recurridos, y que debe limitarse en los términos dichos, desestimándolo en cuanto al resto.

Madrid, 30 de abril de 2002.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

Los dos problemas que aborda esta Resolución son:

— Si es posible que reducida una obligación por pago parcial de la misma (discutiéndose la necesidad o no de una cancelación parcial que la refleje), pueda luego cubrir esa misma responsabilidad hipotecaria la ampliación posterior de la obligación inicialmente garantizada, so pretexto de que «cabe» dentro del importe global de la garantía establecida.

— La negativa a inscribir la garantía hipotecaria por intereses moratorios al ser absolutamente indeterminado la base del cálculo de los mismos.

A) El primero de los problemas, con las dos cuestiones suscitadas, fue ya objeto de la Resolución de 26 de mayo de 2001, cuyos fundamentos repite la presente Resolución. Por lo tanto, considero perfectamente aplicables los comentarios que se hicieron sobre la misma, que transcribo a continuación.

Son dos las cuestiones a las que hay que referirse en este primer asunto:

1. La necesidad de la cancelación parcial del préstamo hipotecario en cuanto a la cantidad ya pagada para su eficacia registral.

2. La idoneidad de que la misma garantía hipotecaria cubra el nuevo préstamo novado.

1. Con respecto al primer problema planteado, cabe afirmar que toda modificación de la obligación garantizada con hipoteca debe tener su reflejo registral mediante la correspondiente inscripción, cancelación o rectificación, pues si no se hace constar en el Registro por alguno de los medios indicados para ello, dicha modificación no puede resultar oponible frente a terceros, en lo que pueda afectar al derecho real de hipoteca que la asegura. Así se desprende de los artículos 144 LH y 240 y 179 RH.

En principio, es cierto que todas las relaciones y derechos personales deben mantenerse al margen del Registro; es más, el Registrador debe cancelarlos tal y como establece el artículo 98 LH, luego podría pensarse que es irrelevante para el Registro las modificaciones realizadas en la obligación (en este caso el préstamo), y que por tanto no sería necesaria su incorporación en el mismo. No obstante, y como bien dice el propio artículo 98 LH, corroborado por los anteriormente citados (art. 144 LH y 240 y 179 RH) si se trata de una obligación asegurada con un derecho real, el principio de especialidad o determinación exige su constancia en el Registro, pues deben quedar perfectamente delimitados todos los elementos de la relación jurídico-registral (1). Además, el artículo 12 LH recoge expresamente que «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los

(1) En este sentido, véanse las siguientes Resoluciones de la DGRN, que inciden en la necesidad de que la obligación asegurada con hipoteca quede perfectamente especi-

intereses, si se hubiesen estipulado». No cabe duda, entonces, de la necesidad de reflejar en el Registro la obligación (su importe) que garantiza el derecho de hipoteca, así como las vicisitudes que afecten a la misma, pues sólo así se da debido cumplimiento al principio de determinación registral.

Entiendo, en consecuencia, que la novación o modificación del importe del préstamo que se asegura tiene que tener su reflejo registral para poder afectar a tercero en cuanto garantizado por hipoteca. De suerte, que, como es el caso, si dicha modificación no accede al Registro, para éste (y lo que es más importante, para terceros), el importe sigue siendo el mismo, es decir 10.000.000 de pesetas, luego es lógico que no pueda admitirse la novación y ampliación de hipoteca requerida, pues ésta se solicita con respecto a una obligación distinta de la que aparece recogida en el asiento de inscripción de hipoteca.

Cuestión distinta es la disminución y correspondiente cancelación parcial de la hipoteca. En principio, la hipoteca es indivisible, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sólo si se pacta la posibilidad de cancelación parcial, ésta podría llevarse a cabo. Si no se hace así, la garantía hipotecaria permanece inalterada, como creo que es el caso, y no correspondería aquí una cancelación parcial de la hipoteca, como pretende el Registrador, pues ésta sólo es posible si se pactó tal posibilidad y con el consentimiento del titular registral (arts. 122 LH y 82 LH). Mientras esto no ocurra, la hipoteca permanece indivisible y única, que es lo que ocurre en este caso, y lo que parece que pretende el recurrente es tratar de garantizar con la misma (sin disminuirla) una obligación distinta de la inicial. Por tanto, repito, no es tanto la falta de una cancelación parcial lo que impide la práctica de la ampliación de la hipoteca solicitada, sino, más bien, la contravención del principio de especialidad de tratar de ampliar una hipoteca sobre una obligación distinta, pues su reducción no tuvo constancia registral.

2. Y enlazando con esto, abordamos el segundo de los problemas planteados, que es el que genera una mayor divergencia entre el Registrador y el recurrente. Si la garantía o responsabilidad hipotecaria se mantiene igual (pues no se ha cancelado parcialmente), ¿puede mantenerse la misma para garantizar el préstamo novado? Es decir, ¿es posible que con una misma garantía hipotecaria, establecida para la seguridad de una obligación concreta y perfectamente determinada, se asegure, ahora, una obligación distinta, ya que ha variado su principal?

El principio de determinación registral, una vez más, nos da una respuesta negativa, pues parte de la premisa: 1 hipoteca = 1 obligación. Cada hipoteca sólo nace para asegurar una única y determinada obligación. Si ésta varía, aunque la garantía hipotecaria establecida alcanzara cuantitativamente a cubrir esa obligación novada, ésta no podría mantenerse. Las hipotecas ordinarias nacen para asegurar una determinada obligación de la que dependen en el sí (es decir, en su existencia), y en el cómo (es decir, a lo largo de sus vicisitudes y con sus modalidades); luego si la obligación se extingue, la hipoteca se extingue con ella. De esta forma, al haberse constituido una hipoteca ordinaria o de tráfico, asegurando una obligación de 10.000.000 de pesetas, se hace imposible que la misma garantía hipotecaria sirva para asegurar otra obligación distinta, como es la que resulta de la novación.

ficada, se defiende tanto la accesoriedad del derecho de hipoteca, como la tesis de la unidad del crédito hipotecario: 4 de julio de 1984, 26 de marzo de 1986, 23 de diciembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 21 de diciembre de 1990, 3 de octubre de 1991, entre muchas otras.

Podría haberse planteado el problema de forma diferente si se hubiera constituido una hipoteca de seguridad en garantía de esa obligación distinta, resultado de la novación. Ya que es cierto que el principio de determinación registral en cuanto a la obligación asegurada con hipoteca tiende a flexibilizarse, en el sentido de que cabe una cierta indeterminación inicial de la obligación (en sus sujetos o cuantía), originando las denominadas hipotecas de seguridad. Si bien, siempre se exige que esa indeterminación inicial luego se concrete, existiendo para ello desde el inicio los parámetros suficientes. Podría pensarse que cabría constituir una hipoteca de seguridad en garantía de esa obligación nueva y futura, estableciéndose un máximo de seguridad hipotecaria desde el principio, para responder de esa obligación de cuantía indeterminada. Pero esto no se hace, y además, aunque se hubiera actuado de esta forma, en ningún caso se admite la posibilidad de una hipoteca, con su responsabilidad ya concreta (máximo), en garantía de obligaciones absolutamente futuras o desconocidas (2), de manera que surja un tipo de hipoteca especial, constituida en un momento determinado para asegurar una o varias obligaciones (3) desconocidas o variables, con el fin primordial de asegurar un rango favorable al acreedor hipotecario.

Por eso mismo ha de rechazarse, también, la pretensión de intentar cobijar bajo la misma garantía hipotecaria distintas obligaciones, aunque exista exceso «numérico o cuantitativo» de cobertura, capaz de hacer frente a otra obligación nueva. En este sentido se manifiesta la RDGRN de 23 diciembre 1987, al afirmar que si «se pretende así poder sumar, a efectos de una misma garantía hipotecaria, indeterminados importes parciales correspondientes a obligaciones que siguen siendo distintas; si se quiere que éstas reciban cobertura hipotecaria, habrá de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica, y no una hipoteca única aplicable indistintamente y a elección del acreedor a cualquiera de ellas».

Y por último, hay que rechazar, asimismo, y como consecuencia de lo anterior, que una hipoteca se aplique a otro crédito posterior como reserva de rango (4). Esto iría en contra de todo el sistema registral y afectaría, como

(2) Véanse, entre otras, las siguientes Resoluciones de la DGRN que corroboran esto mismo: 17 de enero de 1994 y 11 de enero de 1995, que afirman que «se exige que el crédito, por el momento inexistente y que haya de quedar garantizado, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes, y ocurre en el caso planteado que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica previa».

(3) En el caso de que se constituya una hipoteca en garantía de una serie de obligaciones distintas, y desconocidas *a priori*, sin relación causal entre ellas, la doctrina ha acuñado el término de «hipoteca flotante», que ha sido rechazada por la DGRN en varias Resoluciones, baste ver, por ejemplo: Resolución de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 17 de enero de 1994, 11 de enero de 1995, 6 de junio de 1998, 7 de junio de 1999 y 27 de julio de 1999.

(4) En este sentido, la RDGRN de 5 de noviembre de 1990, recuerda la prohibición de la hipoteca de propietario, por la que se pretende favorecer con la garantía cualquier obligación futura, absolutamente indeterminada, pues esto iría «en contra de las exigencias del principio de especialidad, aun entendiendo éste con la flexibilidad que impone la admisión de las hipotecas de seguridad. Máxime si se pretende que el crédito goce de prelación en función de la fecha de la emisión global pues, entonces, con el carácter de *ius cogens* de las normas de prelación de créditos, vendría a ser el deudor el que decidiría qué acreedor gozará de la prelación hipotecaria».

bien dice la DGRN, al principio de prioridad y sistema de prelación de créditos, otorgando al acreedor hipotecario una preferencia y privilegio, con relación a otros, y respecto de la obligación que él considerara más conveniente en cada momento.

B) En cuanto a la segunda de las cuestiones, existe una divergencia entre lo planteado por la nota del Registrador, y lo que entiende rechazado el recurrente.

Como bien dice la Dirección General, se rechaza, no ya la obligación de satisfacer los intereses moratorios, ni su tipo, ni la garantía, simplemente la expresión utilizada como base de su cálculo, en la que se admite: «En relación con lo convenido en el párrafo anterior (intereses de demora) se entiende por mora todo retraso, cualquiera que fuera su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago que incumbe a la parte prestataria con arreglo a lo establecido en la escritura de préstamo, incluso de las obligaciones consistentes en reintegrar al Banco el capital adeudado, más los intereses y *demás conceptos que procedan en caso de vencimiento del préstamo* por causa prevista contractualmente».

Está claro que no se puede permitir la indeterminación que supone esa cláusula global de «demás conceptos». El principio de determinación registral exige, para el crédito hipotecario, que queden perfectamente especificadas y concretas las obligaciones que se aseguran con la garantía hipotecaria; pues es absolutamente imprescindible que quede fijado todos y cada uno de los conceptos de los que responde la finca hipotecada.

Así lo ha dicho la DGRN en multitud de ocasiones, como por ejemplo, en la Resolución de 28 de julio 1984, en la que se afirma que no cabe utilizar la vaga expresión «diversas operaciones crediticias» para referirse a las obligaciones que debe garantizar la hipoteca; y otras muchas que le han seguido en las que el Centro Directivo rechaza la inscripción de hipotecas en garantía de obligaciones que no quedan perfectamente determinadas, sino que se deja amplitud y ambigüedad en su concreción, utilizando fórmulas genéricas, que rechaza taxativamente la DGRN: 23 de diciembre de 1987, 27 de julio de 1999, 26 de noviembre de 1990, 6 de junio de 1998.

Se entiende entonces que no sea admisible esa expresión global, que sirve de manera tan vaga para «determinar» el nacimiento de la obligación de pago de los intereses moratorios, y que deba eliminarse de la inscripción, sin que la misma y como bien dice el Centro Directivo, afecte a la validez del resto de la cláusula en la que se establece la obligación de pago de dichos intereses.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. NOVACION PRESTAMO HIPOTECARIO.—POSIBILIDAD DE INSCRIPCION DE UNA CLAUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR DESCONOCIMIENTO DEL INDICE DE REFERENCIA. (RESOLUCIÓN DE 14 DE MARZO DE 2002. BOE DE 30 DE MAYO DE 2002.)

RESOLUCION de 14 de marzo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en representación del «Ban-

co Hipotecario de España, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia, número 6, don Rafael Antonio Rivas Torralba, a inscribir una escritura de novación modificativa de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En escritura autorizada por el Notario de Murcia, don Emilio Sánchez Carpintero Abadía, el 20 de octubre de 1997, el «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima» de una parte, y de otra los cónyuges don José Antonio F. M. y doña Josefa G. S., formalizaron la novación, según Ley 2/1994, de 30 de marzo, de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 29 de noviembre de 1989 sobre la finca número A del Registro de la Propiedad de Murcia, número 6, modificando determinadas condiciones del tipo de interés pactado y estableciendo, después de crearse períodos de interés y fijarse intereses de índice de referencia principal (Mibor más un punto) y el sustitutivo (conjunto de entidades), que, «si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos (...), la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco (...) tendrá la facultad de delatar el vencimiento anticipado del mismo...», y es la estipulación 3.^a que si transcurridos tres meses desde la fecha del otorgamiento de la escritura ésta no se ha inscrito o se ha entregado a la entidad prestamista certificación registral que acredite que la hipoteca mantiene su actual rango registral sin que existan limitaciones ni cargas preferentes inscritas o anotadas ni documentos presentados que resulten preferentes o puedan disminuir su efectividad, cesarán de tener efecto las modificaciones pactadas y se mantendrán subsistentes las condiciones vigentes.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia, número 6, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento el 25 de noviembre último, bajo el asiento número 1.071 del Diario 22, notificada la calificación desfavorable, reiterada por el presentante y devuelto el 15 de diciembre próximo pasado, con solicitud de que se extienda nota de calificación, se observan los defectos subsanables siguientes: 1) En el párrafo segundo del apartado 3.º de las reglas e índices de referencia se atribuye a la entidad acreedora la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo cuando concurra una circunstancia (la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia) que es ajena al comportamiento del préstamo y no implica ningún incumplimiento contractual. 2) El apartado 4 de la estipulación primera, así como las estipulaciones quinta y séptima carecen de trascendencia real. 3) La estipulación cuarta tiene mero carácter informativo. 4) El condicionamiento resolutorio establecido en la cláusula tercera resulta de imposible cumplimiento, por cuanto la certificación registral a que se refiere, si bien acredita la inscripción de la escritura y el rango u orden registral de la hipoteca, no puede en cambio acreditar que de los documentos meramente presentados se deriven cargas, limitaciones o derechos que resulten preferentes o puedan disminuir la efectividad de la hipoteca. 5) No se ha presentado la copia inscrita de la escritura modificada (art. 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su inciso final *a sensu contrario*, y la doctrina de las Resoluciones de 20 de mayo de 1993 y 7 de enero de 1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado). No se ha solicitado anotación suspensiva. Se advierte que los defectos reseñados bajo los números 2 y 3 y no impedirían la inscripción del documento calificado si el interesado

presta su consentimiento para que sea inscrito con denegación de las cláusulas a que se refieren, de conformidad con lo previsto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Contra la presente nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, por los trámites establecidos en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Murcia, a 7 de enero de 1998. El Registrador (Firma ilegible)».

III. El Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en representación del «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación en cuanto a los defectos 1.º, 4.º y 5.º, y alegó: 1. Respecto al primer defecto no se expresa la razón por lo que el pacto es inválido o impide la inscripción del título. La previsión de un supuesto en que, por razones totalmente ajenas a las partes, y sin previo incumplimiento contractual, se faculte a los contratantes para dar por terminada la relación contractual no plantea problemas, y, si además esa facultad se concede a los dos intervinientes, se trata de un pacto en que, para una modificación sustancial de las condiciones en que se ha planteado el contrato, cualquiera de las partes puede desistir del mismo. 2. En cuanto al cuarto defecto, el Registrador prejuzga la imposibilidad de cumplir la condición de forma genérica, sin mencionar si en el presente caso existen documentos presentados pendientes de inscripción de los que puedan derivarse cargas preferentes a la modificación de la hipoteca. Si no existen queda automáticamente cumplida la condición impuesta, pero aún en el supuesto que existan, la condición no es de imposible cumplimiento pues bastaría aportar una certificación registral posterior a la inscripción de dichos documentos para que la condición quedase plenamente cumplida (siempre que de los mismos no resultasen cargas preferentes). 3. Respecto al quinto defecto, el Registrador debe calificar el título presentado (en que aparecen plenamente identificados los otorgantes, la firma y el contenido del contrato), por lo que resulta del mismo y de los asientos del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria), siendo innecesario aportar el título previo si las partes que se modifican ya están inscritas en el Registro (entre otras, Resolución de 7 de enero de 1994) y no procede aplicar *a sensu contrario* el artículo 5 de la Ley 2/1994, porque el supuesto previsto en tal precepto es distinto (subrogación de otro acreedor) y porque una interpretación rigorista de la norma lleva a un resultado contrario a su espíritu que es el de agilizar y facilitar los contrastes de novación y subrogación.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota informó: 1) Que respecto al primer defecto, en el presente caso, el prestatario es un deudor de una obligación a plazo cuyo cumplimiento no es exigible hasta que llegue el día pactado (art. 1.125 del Código Civil), si bien el deudor puede perder el derecho a utilizar el plazo en los supuestos previstos en el artículo 1.129 del mismo cuerpo legal, que contempla situaciones que disminuyen para el acreedor las posibilidades de ser satisfecho su interés y a manera de sanción a una conducta del deudor contraria a la buena fe contractual, la ley autoriza al acreedor a exigir el cumplimiento antes de que venza el plazo estipulado. Pero la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia constituye una eventualidad totalmente ajena a la voluntad del deudor, y depende de circunstancias de carácter oficial, social o económico, y por tanto el pacto en

cuestión infringe los artículos 1.129 y 1.256 del Código Civil (deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes), e implica un desequilibrio en la posición contractual de prestamista y prestatario, No cabe alegar que dicha cláusula ha sido querida por ambos contratantes, pues viene interpuesta por la entidad prestamista y porque el principio de libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil no puede entenderse de manera tan amplia que permita introducir en un contrato estipulaciones que contradigan la naturaleza, esencia y finalidad propia del contrato celebrado, ya que si se acepta la cláusula que nos ocupa, resulta que por voluntad de unos de los contratantes se convierte en obligación pura y simple, lo que se pactó como obligación a término y se elude además la observancia de los usos mercantiles en esta materia que consisten en mantener el último tipo conocido ante la imposibilidad de saber si existe otro distinto. 2) Que la certificación registral es un instrumento de publicidad formal del contenido del Registro, pero la mayor o menor eficacia o trascendencia de las situaciones inscritas no puede venir determinada por ella, ni por los tribunales de justicia en caso que surja contienda. Por otro lado, la certificación acredita el rango registral, determinada por el orden de los asientos o de los pactos inscritos, pero no puede acreditar preferencias crediticias, ajenas al Registro, que han de ser establecidas por ley y declaradas o reconocidas por los tribunales. Además, la incongruencia es aún mayor si se pretende que esa declaración que ha de contener la certificación haga referencia incluso a documentos meramente presentados, cuyo contenido no es conocido totalmente ya que no han ido calificados. Por último, hay que tener en cuenta que siempre existirá, al menos, una carga preferente, la nota marginal de afección fiscal que se extenderá al inscribir el documento calificado, aparte de la posible incidencia de otras preferencias dotadas o no de afección real que podrían disminuir la efectividad de la hipoteca sin que el Registrador pueda hacer ningún tipo de reserva sobre ellas al expedir una certificación. 3) Que en cuanto al quinto defecto, como regla general, los documentos que modifican, complementan o subsanan otros anteriores no constituyen, por sí solos, título inscribible, sino que éste está integrado por dos documentos: El que contiene el contrato inicialmente convenido y el que contiene la modificación o subsanación, y no cabe alegar que a efectos registrales no juega la regla general cuando el contrato inicial figure inscrito porque: *a)* en la inscripción no consta la totalidad de las cláusulas del convenio original, fundamentalmente en caso de hipotecas y, por tanto, el Registro no facilita el contenido íntegro de lo originariamente pactado, que es lo que interesa conocer para practicar un asiento modificador a efectos de delimitar la congruencia entre lo antiguo y lo nuevo; *b)* al definir el artículo 33 del Reglamento Hipotecario el título inscribible habla de documento o documentos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción, y el derecho de la entidad prestamista no encuentra fundamento inmediato en la escritura de modificación sino en la de préstamo hipotecario inicial; *c)* el hecho que el artículo 5 de la Ley 2/1994 establezca que en los casos de subrogación no será necesario acompañar la escritura originaria de préstamo hipotecario pone de relieve el convencimiento del legislador acerca de la existencia de la regla general contraria, porque en otro caso, ese precepto sería innecesario; *d)* también es la regla seguida por diversas Resoluciones, como la de 20 de mayo de 1993.

V. El Notario autorizante de la escritura, don Emilio Sánchez-Carpintero Abad, informó: 1. Que en la redacción del primer defecto no se indica el

precepto legal infringido o la jurisprudencia contraria, pareciendo que dicho defecto esté sólo basado en criterios puramente subjetivos. 2. Que respecto al cuarto defecto, si una certificación registral no puede acreditar si hay documentos presentados en el Registro y la existencia de cargas, limitaciones o derechos que resulten preferentes o puedan disminuir la eficacia de la hipoteca, no se acreditaría medio material alguno para la plena eficacia del principio de publicidad registral (arts. 225 y 235 de la Ley Hipotecaria). 3. Que en cuanto al quinto defecto, el artículo 9 de la Ley 2/1994 determina los requisitos que deben reunir las escrituras de novación modificativa de préstamos hipotecarios y entre ellos no aparece la de presentar junto a la copia autorizada de la escritura de novación la de la hipoteca ya inscrita, y, por otro lado, el Registrador debe calificar las escrituras (art. 18 de la Ley Hipotecaria), por lo que de ellas resulta y de los asientos del Registro y en éste ya aparece el contenido de la escritura de préstamo hipotecario.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia confirmó la nota del Registrador en cuanto a los defectos 1.º y 5.º, fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste y la revocó en cuanto al defecto 4.º por entender que la cláusula en cuestión es meramente de garantía y dirigida a evitar un perjuicio más que hipotético: Debe entenderse por lo normal que no se haya producido modificación alguna en el ámbito registral, en cuyo caso la simple rectificación negativa dará cumplimiento a lo estipulado y entrará en juego la hipoteca en sus nuevas condiciones y en su caso de no ser así se volverá a la situación primaria anclándose la novación, y la referencia que en su informe hace el Registrador a las «hipotecas legales» o cargas implícitas no tiene mayor trascendencia a los efectos de esta cláusula, ya que operan para todas las situaciones hipotecarias aunque no estén inscritas.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial en cuanto éste confirmó los defectos 1.º y 5.º de la nota de calificación, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que el pacto de vencimiento anticipado denegado no infringe el artículo 1.129 del Código Civil, en cuanto dicho artículo no es imperativo y no impide a las partes prever otros supuestos de resolución anticipada del contrato ni excluir alguno de los previstos en el mismo, ni tampoco infringe el artículo 1.256 del mismo cuerpo legal, pues el hecho del que depende la posible resolución anticipada del contrato es totalmente ajeno a la voluntad de las partes. Por otro lado, es patente la importancia del cambio a que se supedita el posible vencimiento anticipado, pues tratándose de un préstamo oneroso y pactado un tipo de interés variable, la imposibilidad de determinar el tipo de referencia en sucesivos períodos dejaría sin contenido indefinidamente el pacto de variabilidad. Por último, el pacto discutido se estipula con carácter subsidiario, accesorio, como manifestación específica del principio *rebus sic stantibus*, respecto de un hecho extremo al propio contrato (la publicación de ciertos índices) a que las partes se han remitido expresamente para configurarlo, en razón del amplio plazo señalado para su cumplimiento y, en todo caso, la accesoriedad del expresado pacto no debería impedir la inscripción parcial del título.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.115 y 1.255 del Código Civil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 2000.

1. De los cinco defectos de la nota, solamente dos son objeto de recurso de apelación ante este Centro Directivo, y por tanto sólo ellos han de resol-

verse: *a)* Si es inscribible en una escritura de novación de préstamo hipotecario en la que modifican las condiciones del tipo de interés, la cláusula por la que después de crearse períodos de interés y fijarse un índice de referencia principal (Mibor más un punto) y el sustitutivo (conjunto de entidades), se acuerda que si fuera imposible conocer el valor de los índices de referencia para un siguiente período, el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Y, *b)* Si para inscribir la escritura de novación antedicha es necesario acompañar la escritura de constitución de la hipoteca que ahora se modifica o nova.

2. En cuanto al primero de los defectos, éste no puede ser confirmado. Si bien es cierto que dada la amplitud de los términos de la cláusula debatida, la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia podría dar lugar en su día a una hipotética dificultad probatoria que en última instancia siempre quedaría al arbitrio de los Tribunales, no lo es menos que el que en un préstamo a interés variable no se pueda llegar a conocer el módulo e índice de referencia objetivo retributivo del contrato tiene su importancia por la continuidad del préstamo para ambas partes contratantes y por tanto puede ser libremente acordada por ellas dentro del juego que nuestro ordenamiento concede a la autonomía de la voluntad, puesto que las leyes permiten condicionar la estipulación a un hecho ajeno a su voluntad (art. 1.115 y 1.255 del Código Civil), por lo que la cláusula en cuestión puede acceder al Registro.

3. Del mismo modo debe rechazarse el criterio del Registrador en cuanto al segundo defecto, por cuanto al constar inscrita la escritura de constitución de hipoteca que ahora se modifica, y resultando del asiento registral correspondiente los pactos con trascendencia real de aquel negocio, resulta superflua la necesidad de aportar nuevamente dicha escritura de constitución para la inscripción de la novación modificativa del préstamo garantizado con esta hipoteca, pues todo su contenido real ya consta del propio Registro.

Fallo.—Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado.

Madrid, 14 de marzo de 2002.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

COMENTARIO

En esta Resolución se recurren dos de los defectos señalados por el Registrador:

a) Si es posible establecer e inscribir en una escritura de novación de préstamo hipotecario en la que se modifica el tipo de interés establecido, la cláusula de vencimiento anticipado de dicho préstamo por desconocimiento e imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia, a los que ha de estarse para conocer el nuevo tipo de interés aplicable.

b) Si para inscribir esa escritura de novación es necesario volver a presentar la escritura original en la que se constituyó el crédito hipotecario novado.

En cuanto a la primera de las cuestiones, hay que señalar que la cláusula de vencimiento anticipado puede establecerse por muy diversos motivos y su inscribibilidad o no ha sido defendida por distintos sectores doctrinales.

En principio, el vencimiento anticipado, y según el artículo 1.150 del Código Civil sólo debe producirse en los supuestos que en él se expresan y debe hacerse una interpretación restrictiva. Fuera de los mismos no debería producirse un vencimiento anticipado. No obstante, y debido al principio de autonomía de la voluntad de las partes (1.255 del Código Civil), es frecuente, y sobre todo en escrituras de préstamos hipotecarios, encontrar una cláusula en la que se pacta ese vencimiento anticipado ligado a diversos eventos que nada tienen que ver con los allí previstos.

La validez o no de las mismas y su posible inscripción son conceptos distintos y deben separarse. Pues una cosa es que sean válidas en sí mismas, y eficaces *inter partes*, amparándose en esa libertad contractual, y otra que sean eficaces frente a terceros, pues pueden carecer de trascendencia real, y por lo tanto no deberían ser inscribibles.

En principio las obligaciones, derechos personales, pactos o cláusulas con mera eficacia personal u obligacional deben quedar fuera del Registro de la Propiedad, como indican los artículos 2 y 98 LH. Sin embargo, si el incumplimiento de esas cláusulas o pactos meramente personales u obligacionales lleva aparejado el vencimiento anticipado de la obligación hipotecaria, que tiene como consecuencia la ejecución anticipada de la hipoteca, por esa pretendida eficacia real suelen inscribirse en el Registro de la Propiedad. De esta forma, como bien se puso de manifiesto en el Seminario de Registradores de Valencia, esas cláusulas personales se «convierten en el portón por el que se nos cuelan en el Registro los pactos de carácter obligacional» (1); pues existe el error de creer que lo «meramente personal puede tener efecto real por el mero hecho de pactarse el vencimiento anticipado», que como bien dice GARCÍA GARCÍA (2), ese pacto en lo que se refiere a aspectos obligacionales es un pacto, asimismo, personal, salvo lo que se refiere a los aspectos reales.

De esta forma se ha permitido la inscripción de pactos personales si su incumplimiento lleva aparejado vencimiento anticipado de la obligación, y consecuente ejecución anticipada del derecho real de hipoteca que la asegura como, por ejemplo, en los supuestos siguientes: la obligación de conservar la finca con diligencia de un buen padre de familia; asegurar la finca contra cualquier riesgo y pagar las primas del seguro a su vencimiento; pagar tasas, contribuciones e impuestos; derecho a inspeccionar la finca; llevar la contabilidad con los requisitos que impone una buena administración, y muchos otros.

Por lo tanto, muchas veces se ha permitido la inscripción de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de muchas obligaciones personales, pese a que, desde mi punto de vista, deberían quedar fuera del Registro, pues el efecto real que pudiera tener ese vencimiento anticipado, adelantando la ejecución de la hipoteca, es muy difícil que se produzca en la práctica fuera de la causa normal y prevista de incumplimiento de pago de la obligación ga-

(1) «Calificación de las escrituras de hipoteca de las Entidades de crédito», en *BCRN*, 1975, pág. 602, del Seminario de Valencia.

(2) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses variables no inscribibles», en *RCDI*, 1987, núm. 582, septiembre-octubre, pág. 1514.

rantizada (3). Considero entonces que ante la inutilidad de esos pactos, y su eficacia más bien personal, deberían quedar fuera del Registro de la Propiedad.

Sin embargo, en este caso, la posibilidad de vencimiento anticipado se vincula a la imposibilidad de conocimiento por parte de los contratantes del índice de referencia que se debe establecer para el cálculo de los intereses variables, en un segundo período del préstamo. Aquí, el pacto de vencimiento anticipado no se liga al incumplimiento de ninguna obligación personal, si no a una circunstancia externa, y como no se prejuzga su eficacia real o personal, la DGRN no entra sobre este tema porque tampoco fue objeto de recurso.

El rechazo de su inscripción por parte del Registrador es porque se refiere al hecho de que se deja al arbitrio de una de las partes o del azar, sin que exista un incumplimiento contractual, la eventualidad del vencimiento anticipado, con lo que eso puede afectar al tercero interesado.

Y voy a centrar el comentario sobre esta cuestión:

Los créditos a interés variable, y todavía más los hipotecarios, han generado desde su aparición grandes problemas, precisamente por la dificultad que entraña el poder calcular el importe al que van a ascender esos intereses y la correlativa responsabilidad hipotecaria que los asegura, pues ese desconocimiento inicial de su cuantía total y por tanto de la responsabilidad hipotecaria pone en peligro el principio de determinación registral.

Tras largas discusiones entre la doctrina, las entidades crediticias y Banco de España, la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 admitió la licitud de los créditos a interés variable, y ordenó la necesidad de su regulación, y estableció los dos requisitos esenciales que debían contener los contratos de crédito a interés variable: 1.º Debía pactarse un tipo de interés de referencia. 2.º Debían establecerse cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos.

Posteriormente, el Banco de España desarrolló esta Orden mediante dos circulares, de 12 y 13 de 1981, en las que se recogían esas exigencias. Pero, una vez más, se volvió a iniciar la polémica en torno a la inscripción de las cláusulas de interés variable incorporadas en los contratos de préstamos hipotecarios en el Registro de la Propiedad. La discusión se zanjó con las conclusiones obtenidas por la Comisión Mixta de Registradores de la Propiedad, Notarios y Letrados de las Entidades de Crédito en las que se afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Hay que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantice esos intereses variables de cuantía desconocida *ab initio*. Los intereses variables han de garantizarse con hipoteca de máximo.

(3) En este sentido se manifiesta el Seminario de Registradores de Valencia en «Calificación de las escrituras de hipoteca de las Entidades de Crédito», *ob. y loc. cit.*

Y asimismo, AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, CER, Madrid, 1991, pág. 215, que recoge lo manifestado por el Seminario de Valencia y afirma que las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito «no tienen una gran utilidad, pues la experiencia demuestra que son muy pocos los casos, si es que hay alguno, en que la hipoteca sea ejecutada por una causa distinta de la falta de pago, todas las demás son susceptibles por regla general de discusión entre las partes sobre la procedencia del vencimiento, discusión que no puede tener lugar en el procedimiento judicial sumario ni en el extrajudicial, y quizá tampoco en el ejecutivo ordinario, por lo que sería necesario un previo juicio declarativo».

2. El criterio de variación del interés ha de ser objetivo de acuerdo con el artículo 1.265 del Código Civil y 10 de la Ley de Consumidores (4).

Pues bien, ese criterio de variación del interés o ese tipo o índice de referencia, que no es sino la expresión de la evolución real del precio del dinero, y que por tanto se trata de una variable en sí misma, a la que se liga el tipo de interés de cada operación, ha de ser objetivo. Y por objetivo hemos de entender, como dice MURO VILLATÓN (5), «aquél que se forme con independencia absoluta de la voluntad de los contratantes, consecuencia lógica de los artículos 1.256 y 1.449 del Código Civil». La objetividad es esencial en Derecho, y por eso es absolutamente necesario que este índice se señale de modo completamente ajeno, sobre todo a la parte acreedora y que no dependa de su voluntad.

Por eso y en este sentido, la Circular 15/1988 del Banco de España prohibió que sirvieran como tipo de referencia los tipos publicados por la propia entidad o por otras de su grupo, e igualmente lo rechazó la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, y la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, y lo corroboró la DGRN en Resolución de 7 de septiembre de 1988.

Sí se permite, no obstante, como índice de referencia: el preferencial de una sola entidad, siempre que no sea la prestamista; el tipo de referencia se obtenga de la media de los preferenciales de varias entidades financieras; el tipo de referencia que sea el mayor de dos o más. Y por supuesto son perfectamente admisibles, y sobre ellos no hay dudas, los tipos de intereses oficiales, como pueden ser los tipos interbancarios de los mercados financieros (EURIBOR, LIBOR); los fijados por los Bancos Centrales (Banco de España, Banco Central Europeo), o fijados por disposiciones legales (ejemplo, tipo de interés legal, o de demora), o el tipo del Mercado Hipotecario (IRMH).

El requisito de objetividad es fundamental para impedir que una de las partes sea quien pueda manejar a su arbitrio el contrato. Además, es fundamental que ese tipo de referencia se acredite, y que ambas partes lo conozcan y presten su consentimiento al mismo en el momento de contratar, pues de otra forma y como dice GARCÍA GARCÍA (6), se pueden producir vicios de consentimiento contractual, y recogiendo sus palabras: «la formación plena del consentimiento contractual exige que se acredite ese tipo de referencia que se pacta». En el mismo sentido incide ROCA SASTRE (7) al decir que «resulta imprescindible que el contrato especifique claramente cuál es ese tipo de referencia en el momento de su formalización», y va más allá diciendo que, además de su especificación, sería también necesaria o su justificación, mediante documento idóneo; pues al igual que GARCÍA GARCÍA, considera que este requisito «lo impone la innegable necesidad de que, no una sola, sino ambas

(4) Véase en torno a la evolución legislativa de la admisibilidad de los tipos de interés variable: ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, tomo VIII, págs. 120 y sigs.

(5) MURO VILLATÓN, J., «Hipoteca en garantía de los intereses variables. El llamado interés de demora», en *Hipotecas y Seguridad Jurídica*, CER, Madrid, pág. 153.

(6) Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., «El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable en las hipotecas», en *RCDI*, 1984, núm. 560, pág. 58.

(7) Véase ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 128.

partes, tengan plenamente formado su conocimiento y consentimiento en esta materia tan importante, a fin de evitar errores que producirían vicio del consentimiento contractual».

Pues bien, si la falta de expresión o la omisión de este dato pueden dar lugar a una falta de consentimiento, creo que su expresión dudosa, o poco clara, de forma que se impida su conocimiento exacto, podría llevar a esa misma conclusión de vicios del consentimiento.

Luego, en el caso que se analiza, de la cláusula que se pretende inscribir y que lleva aparejado el vencimiento anticipado de la obligación, se desprende claramente ese desconocimiento o al menos su posibilidad de desconocer el tipo de referencia, lo que me lleva a pensar que éste o bien no se ha expresado, o se ha hecho de manera deficiente. En este caso, no ya sólo esa cláusula no sería, desde mi punto de vista inscribible, sino que afectaría a todo el contrato. Porque de otra forma (si es que está bien expresada, y por tanto no hay vicio del consentimiento), no entiendo cómo puede desconocerse por el acreedor hipotecario, cuando, como ya hemos dicho, estos índices son objetivos, y generalmente publicados por organismos oficiales, lo cual me hace pensar que su desconocimiento sea casi imposible.

Si fueran así las cosas, considero que la cláusula se tendría que anular al vincularse a una condición imposible, según el artículo 1.116 del Código Civil, lo que en ningún caso permitiría su inscripción.

Es ésta una norma limitativa a la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1.255 del Código Civil, limitación que se entiende justificada por la indiferencia y nula relevancia de tales obligaciones condicionales; pues al ser imposible la condición, ésta pierde su esencia que es precisamente su incertidumbre, y por tanto, en este caso concreto, si desde el inicio se sabe que ese desconocimiento es imposible, nunca el vencimiento anticipado va a ser posible por este motivo. Luego, de nuevo se pone de relieve la inoperancia y efectividad práctica de dicha cláusula, lo que me conduce a defender su no inscripción.

En resumen, la inscripción de esta cláusula se me hace a todas luces imposible o muy difícil, sea por un motivo u otro: bien porque consideremos imposible el desconocimiento del índice de referencia (siempre podría aplicarse el último establecido); bien, porque si no se conoce exactamente ese tipo de referencia por estar mal expresado o mal determinados los criterios para su especificación, lo que puede llevar a una falta de consentimiento contractual; o bien, por último, tal y como mantiene el Registrador, porque se trata de una eventualidad totalmente ajena a la voluntad del deudor, lo que implica un desequilibrio en las partes contratantes y el que el contrato quede al arbitrio de uno de ellos (el acreedor), no entiendo la postura defendida aquí por la DGRN, a pesar de confirmar que la misma puede perjudicar el desarrollo del propio contrato. Si esto es así, la no idoneidad de su inscripción es todavía más clara.

Por otra parte, el segundo de los motivos de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad es que no se ha presentado de nuevo la copia de la escritura de constitución de hipoteca ya inscrita y modificada por la nueva escritura que recoge la novación. Aquí, sin embargo, estoy de acuerdo con la posición de la DGRN, pues considero que no es necesario volver a presentar la primitiva escritura, cuando ya existe constancia en el Registro de todos sus pactos con contenido real en la inscripción de constitución de hipoteca practicada. Creo que bastará aportar la nueva escritura que recoge la novación, y

sólo esos cambios deberán ser ahora calificados e inscritos por el Registrador. En este sentido baste recordar, por ejemplo, las Resoluciones de 16 mayo de 1989, 16 de enero de 1990, 24 de octubre de 1997 y 30 mayo de 2000, cuya doctrina repite exactamente la Resolución que se comenta.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

RESOLUCIONES EN MATERIA DE URBANISMO COMENTADAS POR LOS INTEGRANTES DEL DESPACHO JURIDICO Y URBANISTICO LASO & ASOCIADOS

Por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

COMENTARIO DE LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 16 DE ENERO DE 2002

DECLARACION DE OBRA NUEVA Y CONSTITUCION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. RESERVA DE LEY PARA LA EXIGIBILIDAD DE LICENCIA RESPECTO DE LA CREACION DE MAYOR NUMERO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS DE LOS PERMITIDOS EN LA LICENCIA DE EDIFICACION. EXAMEN DEL ARTICULO 53.A) DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.

Resolución de 16 de enero de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don José Angel Martínez Sanchis, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 33, de la misma capital, don Miguel González Laguna, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, en virtud de apelación del recurrente.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El 3 de octubre de 2000 se otorga escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal sobre una determinada finca por la compañía titular de ella. Según esta escritura, la obra nueva consiste en un edificio destinado a vivienda unifamiliar, compuesta de cuatro plantas, con una superficie total de 736 m², 67 dm², que ocupa sobre la parcela una superficie de 253 m², 28 dm². En la misma escritura se divide horizontalmente la edificación en dos viviendas unifamiliares independientes de cuatro plantas cada una de ellas y situadas una a la izquierda y otra a la derecha del edificio, que quedan constituidas en régimen de propiedad horizontal, con los correspondientes elementos comunes entre los cuales figura un terreno dedicado a jardín cuyo uso y disfrute respecto de porciones determinadas, no obstante, se atribuye como anejo inseparable a los propietarios de los elementos privativos. En la licencia municipal de edificación que se testimonia en el título consta, respecto de la descripción del edificio, que el núme-

ro de viviendas a que se refiere es uno, y, en relación con las prescripciones particulares, que la edificabilidad máxima permitida es de 755 m² y la edificable computable 724 m², 15 dm².

Presentado el título ante el Registro de la Propiedad, número 33, de Madrid, fue calificado por el Registrador con la siguiente nota: «*sólo la obra nueva se puede inscribir, solicitándolo en el Libro Diario, pero para inscribir la división en régimen de propiedad horizontal, por tratarse de vivienda unifamiliar, hay que acompañar la licencia municipal prevista en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio. Arreglar el error de la Cláusula Quinta*».

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante, se alegó que el artículo 53.a) del Decreto de 4 de julio de 1997 debe ser interpretado de manera que no contradiga la reserva de Ley establecida en el artículo 33 de la Constitución y reiterada en los artículos 348 y 1.255 del Código Civil, de modo que si contraviniera estos preceptos no debería ser aplicado (según la Resolución de 3 de marzo de 1999 —Registro Mercantil—). Que ni el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, ni el artículo 242 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, exigen la licencia. Que la Resolución de 18 de julio de 1996, que admite la inscripción de la división horizontal de una vivienda unifamiliar —anterior a las normas complementarias del Reglamento Hipotecario—, resulta plenamente aplicable, pues interpreta la Ley que da cobertura al citado artículo 53-A. Que esa misma interpretación del artículo 242 del mencionado Texto Refundido se desliza en la Resolución de 7 de octubre de 1999. Que si la Ley no establece licencia, el Reglamento tampoco, y no puede ser de otra manera, pues el Planeamiento fija la tipología de la construcción: vivienda en hilera (adosadas unas a otras sin *espatium legitimum* entre ellas); adosadas (colindantes las construcciones); y «aisladas», que es la denominación apropiada, a las que se llaman usualmente unifamiliares, sin que eso implique que estén reservadas a una sola familia, ni impedida la división horizontal entre quienes las habitan. Que, en consecuencia, el artículo 53-A exige una interpretación restrictiva, que se atenga a la legalidad; por ejemplo, dicha norma impedirá que, so pretexto de una división horizontal, se verifique una ampliación de obra en cubierta, agregando nuevas plantas. Que, por último, la indicación en el impreso de la licencia de una vivienda, transposición del concepto vivienda unifamiliar, dada su real significación de vivienda aislada, no representa ningún obstáculo, máxime si se tiene su condición de documento complementario y la gratuidad de la indicación no requerida en el artículo 44 del Texto Refundido de 1992, lo cual viene corroborado por el hecho de que el Reglamento de 1997 no ha previsto que se recojan en la inscripción semejantes menciones o vicisitudes, pues sólo reclama que quede constancia de la existencia de la licencia sin extenderse a todos los datos descriptivos contenidos en ella.

El Registrador, en defensa de la nota, informó:

Que estamos en el supuesto de hecho previsto en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, por lo que es ineludible la presentación de la licencia municipal que ampare los nuevos elementos creados por la división horizontal. Que, frente a la del recurrente sobre la ilegalidad del mencionado artículo, el Registrador, ni en el ejercicio de su función calificadora, ni en el estrecho marco de un recurso gubernativo, cabe sustituir funciones atribuidas en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, únicos que podrían declarar esa pretendida ilegalidad. Que la Resolución de 18 de julio de 1996 no puede ser tenida

en cuenta, ya que los hechos ocurrieron con anterioridad a la aparición de la norma que ahora se aplica; y lo mismo ocurre con la Resolución de 7 de octubre de 1999. Que las opiniones doctrinales coinciden con la posición mantenida en la nota que se recurre. Que la tesis mantenida por el recurrente nos llevaría a aceptar la subdivisión de cada uno de los dos elementos ahora formados que podrían, a su vez, dividirse en otros dos cada uno, y así indefinidamente, sin control de la legalidad urbanística.

Desestimado el recurso por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y confirmada la nota de calificación por entender que eran aplicables los preceptos reglamentarios vigentes y porque la doctrina de la Dirección General referida era anterior a la vigencia del Real Decreto de 1093/1997, fue apelado el Auto Presidencial por el Notario autorizante manteniéndose en las alegaciones de su recurso y añadiendo además de que el Auto era incompleto que sobre la inaplicación de los reglamentos ilegales cabe agregar la resolución, también atinente al Registro Mercantil, de 10 de febrero de 1999 (*Boletín Oficial del Estado* de 26 de febrero). Que además, dicho Auto es incongruente, toda vez que en el recurso no se pretende que los notarios o registradores se arrojen la potestad jurisdiccional de declarar la nulidad de un reglamento, sino la inaplicación del reglamento ilegal, que incumbe en principio a cualquier funcionario como resulta de las citadas Resoluciones. Que el Reglamento debe interpretarse de manera que no resulte ilegal, regla hermenéutica de imperativa observancia, como recuerda el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, respecto del artículo 332 del Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, de reforma del Reglamento Hipotecario, en sentencias de 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001. Que frente a la interpretación de la *voluntad legislatoris*, que no pasa de constituir un valor muy relativo debe prevalecer la necesidad de establecer una interpretación acorde con la Ley —toda *interpretatio legis* entraña una *interpretatio iuris*— y es un hecho incuestionable que la Ley no exige licencia para la división horizontal, lo que viene a reconocer tanto la Resolución de 22 de agosto de 1996, como la más reciente de 18 de julio de 1998.

La apelación interpuesta fue elevada a la Dirección General de los Registros y el Notariado que se basó en los siguientes

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCION

Vistos los artículos 33 de la Constitución; 348, 396 y 400 del Código Civil; 12, 13, 14, 95 y 96 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; 30, 5, 38, 39, 48.1.c), 53, 143 y 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid; la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, 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, y las Resoluciones de 18 de julio de 1996 y 7 de octubre de 1999.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio chalé de cuatro plantas, de la que resultan dos elementos privativos (dos viviendas

unifamiliares independientes, situadas una a la izquierda y otra a la derecha del edificio), que llevan como anejo inseparable el uso y disfrute exclusivo de una parte de la parcela no ocupada por la edificación dedicada a jardín.

El Registrador rechaza la inscripción por estimar que, al tratarse de una vivienda unifamiliar, según la licencia municipal unida a la escritura calificada, no puede inscribirse la división en régimen de propiedad horizontal sin que se acompañe nueva licencia que, conforme a lo establecido en el artículo 53.a) del Real Decreto 1092/1997, de 4 de julio, acredite que se permite constituir como elementos independientes más de una vivienda.

2. Este Centro Directivo abordó ya una cuestión análoga a la presente mediante Resolución de 18 de junio de 1996, según la cual las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación; si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno (véanse arts. 12, 13, 14, 95 y 96 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril, vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura calificada, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; y 30, 4, 38, 39, 48.1.c), 53, 143, 146 y 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid, si bien, esta Ley, por su fecha, no resulta aplicable al presente supuesto), pero, en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema ya de por sí, grave; por ello, si el número de personas que residen en una edificación, urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior, como ocurre en el caso de la división horizontal, habida cuenta de su significación jurídica (confróntense arts. 396 y 400 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Ciertamente, el precepto invocado por el Registrador en su nota de calificación [art. 53.a)] del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es posterior a la mencionada Resolución; mas, si se tiene en cuenta que falta una norma con rango de ley que imponga una restricción como la debatida y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la Ley y ser interpretadas restrictivamente (cfr. arts. 33 de la Constitución y 348 del Código Civil), debe concluirse que en el presente caso —en el que conforme a dicha regla hermenéutica ha de estimarse que la mera indicación en la licencia de que se refiere a una vivienda, sin mayor especificación en las prescripciones generales y particulares de aquélla, no puede implicar prohibición de que sobre dicha casa aislada se configure un régimen jurídico adecuado para que pueda ser utilizada por más de una familia— debe accederse a la inscripción solicitada.

III. COMENTARIOS

1. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SUELO URBANO O URBANIZABLE POR EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

La Resolución objeto del presente comentario tiene precedentes en las Resoluciones de 18 de julio de 1996 y 7 de octubre de 1999, y reitera una posición que ha sido objeto de una polémica doctrinal que ha tenido su reflejo en esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, como consta en el número 657 que fuera conmemorativo del 75 Aniversario de la fundación de la Revista correspondiente a enero de 2000, en el artículo de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, titulado «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», pág. 893 y sigs., en el que se comenta el trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, titulado «La segregación y división de pisos en relación con el artículo 53.a) del Reglamento de Urbanismo, de 4 de julio de 1997», publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 35 (2.ª época), de marzo de 1988, págs. 614 y sigs., y el de CARLOS BALLUGUERA GÓMEZ, titulado «Segregación y división de viviendas» en el mismo Boletín, número 39, pág. 1512.

Que la polémica exista es inevitable, dada la complejidad de la interrelación entre las normativas urbanísticas, estatales y autonómicas, civiles e hipotecarias, que inciden en la delimitación del derecho de la propiedad urbana, su configuración y su publicidad registral; sin embargo su Resolución, sin vaciar de contenido el derecho de propiedad, no puede tampoco desnaturalizar la función delimitadora del dominio que cumple el planeamiento urbanístico, reconocida por la Ley, ni la eficacia de las normas reglamentarias, salvo que entren en flagrante contradicción con las leyes o la Constitución (1).

Frente a la consideración romana del dominio como un derecho prácticamente sin límites que se constituye desde el cielo hasta el infierno, la moderna constitución del Estado de Derecho informa y delimita su contenido incidiendo sobre él a través de principios tan esenciales en nuestro Ordenamiento, como el de la función social de la propiedad que recoge el artículo 33 de la Constitución Española (2).

(1) Como recordara el Auto de 28 de octubre de 1996, dictado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, siendo Ponente el Excmo. Señor don PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL, «es evidente que el Reglamento está subordinado a la Ley y que la Administración Pública está sometida plenamente a la Ley y al Derecho (art. 103.1 de la Constitución Española). Está sometida, por tanto, también a los Reglamentos no declarados ilegales en cuanto que éstos forman parte del ordenamiento jurídico».

(2) Como afirmara PEDRO ESCRIBANO COLLADO en su obra *La Propiedad Privada Urbana*, publicada por Editorial Montecorvo, S. A., págs. 128 y sigs. «como principio normativo, la función social afecta al mecanismo de atribución del derecho de propiedad y a su régimen de ejercicio...; la atribución del derecho no se efectúa incondicionada, sino sometida al cumplimiento por parte del propietario de la orientación social que contiene. De aquí que la función social implique para el derecho de propiedad que se reconoce la ausencia de determinadas facultades, el ejercicio condicionado de otras y el deber de ejercitar algunas libremente o de acuerdo con determinados criterios».

Por su parte, el Tribunal Supremo ya desde antiguo vino reconociendo la delimitación positiva del contenido de la propiedad urbana por el Planeamiento, pudiendo citarse al efecto en las sentencias de 17 de mayo de 1968 y 4 de noviembre de 1972, dictada esta última siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado MARTÍN DEL BURGO MERCHÁN, que declaró:

La legislación urbanística ha delimitado el derecho de propiedad urbana sometiendo el haz de facultades dominicales del titular del suelo y las construcciones a que éstas se ejerciten, como determina el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, «dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios», consagrando la llamada desmaterialización de la propiedad (3).

Así, la irrupción de las competencias administrativas en la ordenación y el desarrollo urbanístico de las poblaciones ha provocado el reconocimiento legal al Planeamiento urbanístico de una función delimitadora del dominio y su condición de norma habilitada para establecer esa delimitación. El Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, en su artículo 3 ya advierte que la competencia urbanística comprende la intervención en la construcción y en el uso de las fincas [art. 3.4.f)], así como la garantía del «uso racional del suelo en cuanto al mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población» [art. 3.2.e)]. Ello impone la exigencia de la autorización administrativa tanto para la ejecución de las obras de edificación y reforma de las construcciones, que es requisito inexcusable para la propia validez de la ejecución de las obras y, por lo tanto, de la constitución legal de derechos inherentes a las mismas, como para el establecimiento de los usos regulados por el planeamiento.

Si desde la perspectiva del principio de legalidad en la calificación, el Registrador tiene que verificar la validez de los actos cuya inscripción le compete, según determina el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el alcance del examen de dichos actos comprende todos los aspectos exigidos por nuestro Ordenamiento, y no sólo aquéllos que se contengan en la normativa civil e hipotecaria. A su vez, si una norma, sea o no reglamentaria, impone la acreditación de un hecho para que pueda procederse a la inscripción, ésta, salvo que sea anulada por los Tribunales o derogada, o entre en flagrante contradicción con la Ley o con la Constitución, debe cumplirse.

Al respecto, el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, que no fue anulado por el Tribunal Constitucional, ni derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, impone el cumplimiento de los planes, tanto a los particulares como a la Administración en los siguientes términos:

«134. Obligatoriedad de los Planes.—1. Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposicio-

«...El contenido de la propiedad urbana, según se desprende del precepto pertinente de la Ley del Suelo —art. 61— es el definido en el Plan».

Más modernamente, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1987, dictada siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado don JAVIER DELGADO BARRIO, consideró que se había producido una «desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es sólo un dato para determinar el contenido del derecho».

(3) Véase comentario anterior a la sentencia de 12 de mayo de 1987, y los fundamentos de la sentencia de 20 de marzo de 1989 de la misma Sala 3.^a del Tribunal Supremo, dictada siendo ponente don JAVIER DELGADO BARRIO, que en materia de responsabilidad por alteración del Planeamiento señaló: «Este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística sin que, por lo tanto, tal ordenación confiera derecho a los propietarios a exigir indemnización, pues da lugar a meros “límites”, no “limitaciones”».

nes sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, Proyectos, Normas y Ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma».

Este principio de obligatoriedad de cumplimiento de la legislación urbanística, los Planes y Ordenanzas, tanto por los particulares como por la Administración, que ya recogía el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de 9 de abril de 1976, excusa de una reserva de dispensación para los ciudadanos y les somete al Planeamiento, obligándoles a respetar, por ejemplo, el número de viviendas máximo establecido por el Plan, y el uso y tipología impuestos por él, tanto en la realización de obras como cuando se pretende alterar el régimen jurídico de las edificaciones, porque con ello se vulnerarían preceptos inderogables del ordenamiento urbanístico y la legislación aplicable.

En este sentido resulta evidente que el Plan no sólo determina la configuración física de las edificaciones, sino que incide en el derecho de su titular asignando a dichas edificaciones un régimen jurídico específico y concreto. Garantizar que éste no se pervierte o tergiversa es una función propia de la Administración y los Poderes Públicos.

2. EL PRINCIPIO IMPERATIVO DE LA DENSIDAD DE POBLACIÓN

A tal fundamento obedece, como se verá, el requisito de acreditación de la licencia previsto en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que pretende garantizar, entre otros aspectos, no la preservación de la configuración jurídica de una vivienda, como indica la Resolución que comentamos, sino que no se creen *propiedades separadas* que constituyan *viviendas* o unidades independientes con evidentes consecuencias urbanísticas más allá de las autorizadas cuando el número de éstas figuran en la licencia.

En el supuesto que decide la Resolución de la Dirección General, de 18 de enero de 2002, se prevé la afectación de dos parámetros urbanísticos fundamentales, cuya legalidad debería refrendar la correspondiente autorización administrativa:

a) En primer lugar, el que se refiere a la *tipología* edificatoria, que incluso podría constituir un uso diferente si así lo determinara el Plan, puesto que el planeamiento urbanístico distingue claramente lo que constituye una vivienda unifamiliar de lo que son viviendas colectivas y diferencia, a su vez, entre las viviendas unifamiliares las que son aisladas, adosadas o pareadas, circunstancia que puede conducir a la anulación de la licencia cuando no se cumplen los requisitos establecidos por el Plan al efecto.

En el caso concreto se pretendía la inscripción de la obra nueva y división horizontal de una vivienda *unifamiliar*, convirtiéndola en dos, lo que implicaba consolidar una tipología distinta y un incremento de las viviendas sobre el solar correspondiente.

No se trata, en contra de lo que argumenta la Dirección General, de que ello simplemente permita alojarse en el edificio a más o menos personas, sino que lo que constituía una sola vivienda unifamiliar se convierte en dos viviendas de tipología colectiva para las que no se otorgó la licencia.

Ello parece que exigiría una acreditación de que no se llevaba a cabo en contradicción con el Plan y la licencia originaria.

A título de ejemplo y, por referirse precisamente al otorgamiento de una licencia por el mismo Ayuntamiento en el que radicaba la vivienda objeto de la resolución comentada, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada por su Sección Segunda, el 28 de enero de 1997, que fue confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante su sentencia de 17 de enero de 2002, anuló el otorgamiento de la licencia de obras de dos edificios unifamiliares, entre otras razones por considerar que su tipología constructiva, al permitir la existencia de elementos privativos independientes susceptibles de división horizontal, suponía una pervisión de la tipología establecida por el planeamiento, que era la unifamiliar, constituyendo en realidad la construcción de un edificio de vivienda colectiva, «*un pequeño bloque de viviendas*», en contra de lo dispuesto por la Norma 10.2.1. A, b del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, de 7 de abril de 1985 (4).

La nulidad de la licencia, confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituye una prueba de que para el Ordenamiento Jurídico-Urbánico no es intrascendente la posibilidad de la constitución de un régimen de propiedad horizontal sobre viviendas unifamiliares y que, de hecho, ésta, cuando no se acomoda al Plan, constituye en sí misma una violación de la legalidad vigente ya declarada.

En ese sentido, debemos reiterar que la violación del planeamiento urbanístico es una violación de la Ley, en concreto, al menos, del artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, antes citados, sin perjuicio de los concordantes que contiene la legislación autonómica.

b) El segundo de los parámetros fundamentales que se alteraban con la constitución en régimen de propiedad horizontal de la vivienda unifamiliar en el supuesto de la Resolución comentada es el de la *densidad* o número de viviendas.

(4) El artículo 10.2.1 del citado Plan General determinaba lo siguiente:

«1. Es uso residencial el que sirve para proporcionar alojamiento permanente a las personas.

2. A los efectos de su pormenorización en el espacio y el establecimiento de condiciones particulares, se distinguen las siguientes clases:

a) Vivienda: cuando la residencia se destina al alojamiento de personas que configuran un núcleo con los comportamientos habituales de las familias, tengan o no relación de parentesco. Según su organización en la parcela, se distinguen dos categorías:

A) Vivienda en edificación unifamiliar: Cuando en la unidad parcelaria se edifica una sola vivienda.

B) Vivienda en edificación colectiva: Cuando en cada unidad parcelaria se edifican más de una vivienda agrupadas con acceso común en condiciones tales que les fuera, o pudiera ser, de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal».

Como se ve, esta definición de los usos y tipologías que a título de ejemplo se resalta, por ser habitual y permanente en la definición de los usos y las tipologías residenciales en los planes, distingue las viviendas unifamiliares de aquéllas susceptibles de división horizontal, por lo que parece razonable que, cuando se pretende alterar el régimen jurídico de una edificación que obtuvo licencia para vivienda unifamiliar y sólo para esa clase de vivienda, no se pueda alterar el destino previsto por el planeamiento para ese solar en contra de lo dispuesto por éste. Ello justifica la exigencia de licencia para este tipo de actos jurídicos, dado que el Registrador no podrá discernir cuándo el Plan admite o prohíbe esta modificación del destino y uso del suelo, que afecta a la propia tipología de la edificación.

Afirma la Dirección General que la legislación urbanística no impone la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico y que también sería ajeno a la normativa urbanística la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, considerando que sólo existiría como límite la alteración del uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior. Ello supone una interpretación que no podemos compartir de la legislación urbanística y de las competencias de la Administración en la materia establecidas legalmente.

El moderno desarrollo de las ciudades a través de una ordenación prevista en el planeamiento territorial y urbanístico, sometida al cumplimiento de un estándar legal y reglamentario que garantiza la suficiencia de los servicios urbanísticos y sociales previstos en relación, por supuesto con el número de viviendas, y también el obligado control de la seguridad e higiene de las poblaciones, que impone la prohibición del hacinamiento y el control de las condiciones higiénico-sanitarias mínimas requeridas para las viviendas, son en sí mismos argumentos suficientes para justificar la intervención administrativa sobre los actos jurídicos que pueden provocar un incremento de la densidad de población y el número de viviendas. A ello se une el mandato constitucional del artículo 47, que proclama el derecho a una vivienda digna, aspecto que requiere un control administrativo. De hecho, los Planes Urbanísticos establecen el número de viviendas máximo que pueden desarrollar a su amparo, teniendo en cuenta las dotaciones de aparcamientos, zonas verdes y espacios libres, saneamiento y demás servicios y equipamientos previstos en ellos. También determinan una superficie mínima exigida para las viviendas y otros aspectos relacionados con la prevención de incendios, seguridad y salubridad. En concreto, el Reglamento de Planeamiento, tanto en los artículos 19.1.b), 25.1.c), 25.2.3, 45.1.c), 45.1.d), 48.4, como en su Anexo, ya impone un estándar para cada equipamiento y dotación en función del *número de viviendas o de la población prevista* (5). Lo mismo sucede con las previsiones

(5) El Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, en sus artículos 11.2, 12.1.b) y e), 12.2.2.b), 13.2.b) y c) preveía la adecuación de las previsiones del Plan al número de habitantes previstos, la intensidad de ocupación y el número de viviendas. La legislación autonómica, por su parte, también contiene referencias a la densidad y el número de viviendas que cobra una relevancia especial en relación con la reserva legal de viviendas de protección pública impuesta a los Planes. Así cabe citar, a título de ejemplo, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en su artículo 3.2.c) que impone como fin de la Ordenación Urbanística el aseguramiento de «una densidad adecuada al bienestar individual y colectivo», o el artículo 38, que en las determinaciones sobre los usos del suelo establece una reserva para viviendas de protección pública.

También cabe citar la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que en su artículo 36, relativo a sostenibilidad y protección del medio ambiente, establece los criterios y normas legales orientados al «control de la densidad humana y edificatoria que se imponen al Planeamiento Urbanístico limitando, según el caso, el número de viviendas por hectárea».

Por su parte, la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, reformada por la Ley 1/2003, de 17 de enero de 2003, establece, por ejemplo en su artículo 24.1.d), como determinación inderogable de los planes de ordenación municipal, la «definición de las intensidades y densidades de edificación máximas para cada sector, unidad de actuación y zona de ordenación territorial y urbanística, y el artículo 31 también impone unos estándares mínimos de calidad urbana

de abastecimiento y evacuación de aguas o suministro de energía eléctrica que las entidades gestoras y su reglamentación prevén en función de la población y número máximo de viviendas preestablecido. Todo ello obedece además a un principio medioambiental que se ha impuesto en la legislación urbanística como es el del desarrollo sostenible (6), que exige un control de la intensidad de los usos urbanísticos.

Este concepto de intensidad, que es estrictamente urbanístico, sólo tiene la acepción que resulta del artículo 30.c) del Reglamento de Planeamiento, en relación a su artículo 47 y el artículo 75 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, que lo identifican con la densidad medida en viviendas por hectárea. Por ello, la Resolución de la Dirección General yerra cuando identifica la intensidad edificatoria con el volumen o la edificabilidad medida en metros cuadrados de uso residencial por hectárea, en una materia además que sólo corresponde definir a la autoridad urbanística y controlar a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En consecuencia, no podemos compartir la doctrina que reitera la Dirección General en esta Resolución, puesto que no parece conforme con la obli-

de preceptiva observancia por los planes en los que se contienen prescripciones relativas a la densidad». Finalmente la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su artículo 10.1.a), d) impone a la ordenación estructural de los planes generales como determinación el establecimiento en todos los municipios no sólo de los usos y edificabilidades globales sino también de las densidades.

Así cabría citar todos y cada uno de los textos legales autonómicos que contienen prescripciones que imponen un control de la densidad, la tipología o la reserva de un cierto número de viviendas de protección oficial a las figuras de planeamiento, lo que conlleva el necesario control de la Administración de aquellos actos que pueden contravenir la ordenación urbanística contenida en los planes alterando el cumplimiento de la función social de la propiedad, el adecuado y racional uso de las edificaciones y el desarrollo sostenible.

(6) Como recuerda LUDWIG KRAMER en su obra *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, pág. 81 y sigs., «el tratado de Amsterdam de 1997 introdujo el concepto de “desarrollo sostenible” en varios preceptos (el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, el art. B —ahora art. 2— de ese Tratado y los arts. 2 y 6 del Tratado de la CEE), aunque sin llegar a definirlo. Hasta entonces, el artículo 2 del Tratado de la CEE, en la versión del Tratado de Maastricht de 1993, hablaba de “crecimiento sostenible”, también sin definirlo. Ambas nociones tienen su origen en un informe elaborado en 1987 para las Naciones Unidas por la “Comisión Mundial Sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, creada al efecto y presidida por la señora G. Bruntland. Ese informe tenía por título “Nuestro futuro común”, y en él se puso de manifiesto la necesidad del desarrollo económico, pero un desarrollo que debería ser sin embargo “sostenible”, expresión que fue definida como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias”».

La legislación urbanística de nuestras Comunidades Autónomas ha venido a referirse explícitamente a este principio como, por ejemplo, en el caso de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, en su artículo 23.b); la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su artículo 3.1.a); La Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, en su artículo 1; la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y de Medidas Tributarias, en su artículo 1; la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid, en su artículo 3.1.b); la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, en su artículo 36; la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias, en su artículo 2; y la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña.

gada comprobación de la legalidad de los actos que tienen acceso al Registro de la Propiedad impuesta por el principio de calificación registral y que alcanza a los límites ontológicos del derecho que se pretende inscribir. Estos, en materia de edificaciones, vienen definidos en virtud de la Ley por el planeamiento y las Ordenanzas en términos que pueden prohibir, por supuesto, la división horizontal y exigen que la Administración se pronuncie específicamente en los términos que establece el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Se llega así, si se consolida la doctrina de la Resolución comentada, a la posición resultante del ordenamiento anterior a la Ley 8/1990, que introdujo la necesidad de la licencia para la inscripción de las declaraciones de obra nueva. Hasta entonces lo que el ordenamiento urbanístico repudiaba y calificaba como infracción urbanística era permitido por el sistema hipotecario haciéndose una partición maniquea de actos prohibidos por la legislación urbanística y permitidos por la hipotecaria.

3. EL ARGUMENTO DE LA RESERVA DE LEY

Sin embargo, en relación con el contenido del citado artículo, la doctrina de la Dirección General, en la Resolución que nos ocupa, se apoya para su decisión en considerar que vulnera el principio de reserva de ley, porque vendría a delimitar el contenido de un derecho, como el de la propiedad, que está consagrado legal y constitucionalmente, sin contar con ello con habilitación suficiente.

Como hemos visto, en realidad, el Real Decreto no limita el contenido de ese derecho, sino que únicamente establece un requisito formal para el acceso al Registro de la Propiedad de determinados actos jurídicos que, por afectar a determinaciones urbanísticas que forman parte de la configuración legal del dominio, en los términos que hemos expresado, requieren la conformidad con el planeamiento en base al cual fue concedida la licencia y limitado el mínimo de elementos privativos, el cual definió el alcance de ese derecho de propiedad y es quien únicamente puede valorar si se sobrepasa, o no, con la alteración el régimen jurídico del bien inscrito.

El concepto de la reserva de ley no obedece al establecimiento de una categoría rígida y preestablecida en relación con los actos que le precisan, sino que, como ha recordado la doctrina, la reserva de ley responde a un concepto abierto deducido de la titularidad del ordenamiento jurídico y susceptible de complementarse con normas de rango reglamentario.

En cierto sentido, el ejercicio de la potestad reglamentaria en esta materia, regulada con carácter básico por el Estado, es semejante al que vino a detallar el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1996, cuando señaló en su Fundamento de Derecho Segundo, lo siguiente:

«Para garantizar la generalidad y estabilidad consustanciales a las reglas básicas (STC 147/1991), éstas deben establecerse mediante Ley formal votada en Cortes, aunque, como excepción, quepa admitir que en ciertas circunstancias el Gobierno pueda regular por Real Decreto aspectos básicos de una determinada materia. Estas circunstancias excepcionales se dan cuanto el Reglamento resulta complemento indispensable para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas lega-

les básicas (sentencias del Tribunal Constitucional 25/1983 y 32/1983 y 48/1988). El Reglamento es indispensable cuando la Ley formal no resulta instrumento idóneo para regular exhaustivamente todos los aspectos básicos, debido al carácter marcadamente técnico o la naturaleza coyuntural y cambiante de los mismos (sentencias del Tribunal Constitucional 76/1983, 787/1985, 86/1989, 147/1991 y 149/1992)».

En el caso del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se ejercitó la potestad reglamentaria en relación con una legislación que es básica dentro de la cual está incluido con carácter definido el principio del control de la densidad de población, y se dan las circunstancias de ser un complemento indispensable para la regulación de una materia fronteriza en lo material y lo competencial, con un carácter marcadamente técnico y cambiante.

Partiendo de la doctrina subyacente en ésta y otras Resoluciones judiciales, de conformidad con lo que ya afirmó la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de noviembre de 1992, dictada siendo Ponente el Magistrado don José María Sánchez-Andrade y Sal, el sometimiento del Reglamento al bloque de la legalidad, que es controlable sólo por la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa admite que éste, sin derogar ni modificar el contenido de las normas con rango de ley, por ser norma, *«puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de las Corporaciones, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico».*

En ese sentido, parece evidente que el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuando exige licencia para el incremento de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que se hayan hecho constar en la licencia que determinó la inscripción de la declaración de obra nueva y en el caso de los locales comerciales o garajes en el que, además, se añade que es condición esencial de su concesión, ni altera el régimen de la propiedad ni infringe la Ley o la Constitución. Únicamente establece que, cuando en el Registro de la Propiedad consta un determinado hecho con trascendencia civil y urbanística, que ha sido objeto de la correspondiente autorización administrativa, no cabe alterar esa determinación sin la correspondiente autorización, lo cual no supone sino garantizar lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril: que se respeta la delimitación del derecho de propiedad en los términos que expresa precisamente el artículo 33.2 de la Constitución Española cuando lo somete a la función social. Ello además se lleva a efecto en orden a garantizar la adecuada coordinación del servicio público que presta el Registro de la Propiedad con la competencia urbanística que la Constitución atribuye a las Corporaciones Locales, para lo que parece plenamente capacitado el Reglamento.

4. LA INAPLICACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS SUPUESTOS REGLAMENTOS ILEGALES

Por fin no puede desconocerse la distinta posición que ostentan de las Administraciones Públicas frente a normas reglamentarias.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 6 contiene un mandato congruente con la función de la soberanía compartida por los Tribunales,

miembros del Poder Judicial, según la cual éstos no pueden aplicar normas que consideren contrarias a la Ley y, a tal fin, les confiere la potestad de la revisión indirecta, suscitándose incluso en el orden contencioso la posibilidad de promover una cuestión de ilegalidad.

Los órganos de la Administración no tienen a su favor esta prerrogativa, dado su carácter subordinado jerárquicamente a la autoridad competencial de la norma reglamentaria pues, al no aplicar la norma supuestamente ilegal, salvo modificación posterior por otra norma de igual o superior rango, se estaría produciendo una desobediencia tácita con subversión del orden jerárquico propio de la estructura administrativa, especialmente, tratándose de normas emanadas del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, cuyo mandato quedaría sin contenido mediante una interpretación singular de un órgano de inferior rango, que está sujeto al deber de cumplir la norma reglamentaria.

Con sólo contemplar la hipótesis de que cualquier órgano de la Administración, en los campos más variados, pudiera entender que las normas reglamentarias dictadas por el Consejo de Ministros son ilegales, pronto quedaría puesta en evidencia la mayor anarquía y más segura desintegración de los poderes del Estado por obra de las decisiones de sus inferiores.

Se llega así a la situación a la que aboca la Resolución que comentamos: el mandato explícitamente asumido por el Estado de que no se acojan a los efectos del sistema registral actos repudiados por la ley y las normas reglamentarias de carácter urbanístico, quedaría frustrado, dando refugio en el Registro a actos ilícitos y contrarios al interés público puesto de relieve en la salvaguardia de la densidad de viviendas, aunque no exista una decisión judicial que las anule.

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Sentencias del Tribunal Supremo

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

LA CONGRUENCIA NO EXIGE UN ACOMODO LITERAL, SINO FLEXIBLE DEL FALLO CON LO PEDIDO POR LAS PARTES. (STS DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Don Jesús Corbal Fernández.

Doctrina.—En el caso de autos no hay la incompatibilidad denunciada, como con acierto se razonó en la sentencia de instancia, y de que las tres primeras pretensiones de la demanda tienen su sustantividad en las cuantías, y no en la realidad de los conceptos porque sobre éstos no hay controversia, y por consiguiente no habría interés en accionar, además de ello, la decisión adoptada no supone dar cosa distinta de la postulada, sino que es el corolario lógico del resultado probatorio del pleito, no disuena de la *causa petendi* ni del planteamiento formulado, armoniza con las relaciones habidas entre las partes, y es el modo de solventar las mismas de modo lógico y absolutamente razonable para los respectivos intereses en conflicto. Hay que tener en cuenta que se trata de un contrato de sociedad, o atípico por las diversas especificidades, en el que las partes interesadas asumieron hacer aportaciones de distinta índole y participar en el resultado en proporción a lo respectivamente invertido. Resulta obvio que fijar ese resultado, que es el modo de solventar lo planteado en el proceso, supone como presupuesto incuestionable determinar el alcance cuantitativo de las respectivas aportaciones, es decir, los capítulos, partidas o conceptos que corrieron a cargo de cada una de las partes en los términos, o con arreglo a las bases, que se establecen en la Resolución de la primera instancia, confirmada por la de apelación aquí recurrida.

EXISTENCIA DE SIMULACION DEMOSTRADA MEDIANTE PRESUNCIONES. (STS DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Don Antonio Gullón Ballesteros.

La recurrente alega la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la prueba de presunciones, que no permite su utilización nada

más que cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios de prueba del artículo 1.215 del Código Civil.

Doctrina.—El motivo se desestima porque existe una doctrina de esta Sala que ha reiterado la licitud y legitimidad de la actividad del juzgador de recurrir a presunciones cuando se trate de probar la simulación de los negocios jurídicos, dado que los mismos, por naturaleza, están destinados por las partes a permanecer ocultos para alcanzar los fines que se propusieron.

Por otra parte, se desestima también por su más que defectuosa estructuración, ya que al socaire de la doctrina jurisprudencial que se dice infringida, trata de revisar el establecimiento por la instancia de las presunciones de simulación que combate, sin demostración, y sin citarlos siquiera, de la infracción de los artículos 1.249 ó 1.253 del Código Civil, según se ataque el establecimiento del hecho-base de la presunción o la formación de la misma, respectivamente. Por último, no es menos repudiable la cita del artículo 1.214, pues además de que no guarda relación con la infracción denunciada, lo cierto es que la actora ha aportado al proceso las pruebas directas de la celebración de los negocios jurídicos sobre los que, por su carácter simulado, ha de calificarse indirectamente la simulación. Sobre ella no caben en la generalidad de los casos pruebas directas.

EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS HAY QUE ESTAR, EN PRIMER LUGAR, AL SENTIDO LITERAL DE SUS TERMINOS. (STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don José de Asís Garrote.

Doctrina.—Cuando el contrato se ha redactado por escrito, y en éste se ha dado la forma solemne de escritura pública, lo que implica la clara voluntad de obligarse las partes a tenor de lo expuesto en el documento, es indudable que ha de atenerse a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, ha de prevalecer la «interpretación literal» cuando los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes.

La sentencia de instancia se ha atenido al texto del acuerdo, que se consignó en escritura pública, lo que muestra claramente su voluntad de obligarse, obligaciones que alcanza a las dos entidades, de la que se vería exonerada la Sociedad Marina XX, S. A., según la interpretación que llama global o de la totalidad la parte recurrente, sobre esta clase de interpretación la doctrina jurisprudencial tiene declarado el llamado «canon de la totalidad», pero ello, para el supuesto de no ser posible atenerse al sentido estricto y literal de las cláusulas del contrato, reconociendo así la preferencia que, en materia interpretativa de los contratos, haya de concederse al criterio gramatical, es decir, al recogido en el artículo 1.281 del Código Civil, lo cual está en línea de la consolidada doctrina de la Sala respecto a las normas de interpretación consignadas en dicho texto tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas sean claras, no son de aplicar otras diferentes a las correspondientes al sentido gramatical.

INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LA CLAUSULA PENAL MORATORIA.
(STS DE 8 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don Ramón García Varela.

Doctrina.—Aunque algunas de las alegaciones efectuadas por el recurrente no son admisibles, debido a que la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual para su aplicación no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total, que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que por ello sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1.154, la cual tiene como presupuesto ineludible, impuesta al Juez como un deber imperativo por la ley, que el deudor cumpla en parte o irregularmente la obligación, sin que esta potestad correctora o la apreciación de la cuantía en que deba mitigarse sea revisable en casación, por ser la moderación una facultad del Juzgador de Instancia.

Sin embargo, con seguimiento de la doctrina jurisprudencial concerniente a que las dudas sobre el alcance de la cláusula penal deben interpretarse con carácter restrictivo, el motivo debe ser acogido por la vía de la transgresión del artículo 1.152, en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica, del que, obviamente, es preciso descontar los días de demora que no son imputables al contratista, pues otra respuesta sería exagerar indebidamente el alcance de la pena.

LA CUANTIA DEL LUCRO CESANTE DEBE FIJARSE OBJETIVA E IMPARCIALMENTE. (STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Don Clemente Auger Liñán.

Doctrina.—En relación al artículo 1.106 del Código Civil hay que tener en cuenta dos pilares fundamentales: el alcance de la indemnización de daños y perjuicios que haya sufrido el acreedor y dentro de aquel resarcimiento la parte correspondiente a la pérdida que haya sufrido y a las ganancias que haya dejado de obtener. La doctrina suele dar un concepto objetivo del daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. El concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, aunque no es necesario aludir a la culpabilidad del responsable. Puede, por tanto, decirse que daño es «todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra».

Principio básico de la determinación del lucro cesante es que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. En el caso de autos, de no haber tenido lugar la resolución por incumplimiento del contrato a cargo de la demandada.

El fundamento de la indemnización del lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el artículo 1.106, que se le indemnice también la ganancia que haya dejado de obtener.

El pronóstico ulterior de los hechos en orden a la concreción de las ganancias frustradas no puede, lógicamente, ser hecho para que tenga efectos jurídicos por el perjudicado mismo. Ello indica que ha de huirse de un criterio meramente subjetivo y que fundamentalmente se seguirá un punto de vista objetivo, que será generalmente el del Juez o perito imparcial que haya de determinar la ganancia frustrada que tenga en cuenta el curso ulterior de los hechos en su decisión.

Las ganancias que pueden reclamarse son aquéllas en que concurre similitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo con relación a la pérdida de provecho económico.

Por todo lo expuesto, la determinación de los daños y perjuicios producidos a la demandante por la unilateral e injustificada terminación del contrato a los siete meses de su vigencia hecha por la demandada, cuando la duración estaba pactada para cinco años, debe atenerse a la conclusión obtenida por el perito imparcial, que puede estimarse de todo punto acertada y razonable con arreglo a los criterios de la sana crítica.

OBLIGACION DE PAGAR LAS COSTAS PROCESALES SOLIDARIAS PARA TODOS LOS DEMANDADOS CONDENADOS. (STS DE 9 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Doctrina.—Hay que afirmar que la parte ahora recurrente, que fue demandada, aún incluso como declarada en rebeldía en el proceso inicial, sí fue condenada en costas, por lo que está obligada a abonar su importe, pues tratándose de un codemandado que hubiera podido beneficiarse del resultado del proceso ha sido condenado, junto a los otros codemandados, por lo que está obligado al pago de la cuota procedente, ya que dicha condena con su consecuencia sobre las costas, supone título suficiente para que el que ha abonado la totalidad de ellas pueda a su vez repetir contra otra parte condenada la porción correspondiente, que en el presente caso sería la cuarta parte, dado el número de codemandados.

Por todo ello no se puede hablar de infracción del artículo 1.145 del Código Civil, ya que el título de solidaridad que impregna la condena en costas para una parte litigante múltiple, indica que el pago total efectuado por un colitigante le da base suficiente para reclamar la parte correspondiente a los otros, en este caso, codemandado. Y esto sencillamente es lo que ha pretendido la parte recurrida en la presente causa.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO DA FE DE LOS DATOS FISICOS. (STS DE 24 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don Jesús Corbal Fernández.

Hechos.—Después de exponer la descripción de la finca embargada y la descripción registral de la finca, y argumentar que en la escritura pública de

compraventa se describió la finca conforme a la que consta en el Registro de la Propiedad, se hace referencia al contenido del embargo efectuado en la ejecución en que se plantea la tercería y al informe del perito, para finalizar resumiendo que «de los datos expuestos no cabe más conclusión que estamos hablando de una misma finca, aunque con distintas versiones o descripciones con más o menos coincidencias».

El motivo se desestima.

Doctrina.—No hay base jurídica alguna para sostener que a través de la subasta celebrada en el juicio ejecutivo se adquirió el dominio de la casa-chalet objeto de la tercería. Tal planteamiento no armoniza con la situación posesoria ni con la comparación embargo-subasta de la primera ejecución, resultando absolutamente insuficiente, como con cabal acierto razona la sentencia recurrida, el argumento consistente en ser idéntico el linde sur, pues no es jurídicamente relevante, ya que no atribuye dominio, ni como dato físico posee eficacia registral, y menos todavía en un incidente de tercería.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS VICIOS RUINOGENOS CUANDO NO SE PUEDE DETERMINAR LA DE CADA UNO DE LOS CONDENADOS. (STS DE 28 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don José de Asís Garrote.

Doctrina.—Los vicios se concretan en la existencia de humedades que se localizan en dos espacios distintos del edificio, en la planta sótano y en el hueco de la escalera, y tanto en unas como en otras no son debidas ni exclusiva ni principalmente a los defectos del proyecto, sino también y en parte fundamental, a la mala impermeabilización del inmueble, que se concreta en el deficiente sellado de las juntas de dilatación de los muros de hormigón perimetrales, en las bajantes que pasan a través del forjado del sótano y en las juntas entre las carpinterías de aluminio y el muro de fábrica, en las ventanas de las escaleras..., por lo que las causas de las humedades no se limita a la falta, en el proyecto de obra, de drenaje perimetral y al inadecuado sistema de ventilación. El artículo 1.591 del Código Civil establece responsabilidades individuales a cada uno de los agentes que intervienen en la construcción, según los vicios que ocasionen la ruina del edificio, sean debidos a vicio del suelo o de dirección, en cuyo caso responderá el arquitecto, en cambio si la falta se debiere a vicios en la construcción responderá el constructor, pero en la práctica suele ocurrir que la ruina se deba a diversas causas que conducen al resultado final de la ruina y que hace imposible la individualización de la responsabilidad de cada una de los participantes en la actividad constructiva, por ello la jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la construcción, que es la que ofrece mayores garantías de que queden cubiertos los intereses de los perjudicados, teniendo en cuenta además que es la que se ajusta a la naturaleza de las cosas, habida cuenta de la «identidad de origen del deber de indemnizar, al resultado de la obra edificada como un todo y a la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda predicarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina, ocasionada».

ALCANCE DEL ARTICULO 6.3 DEL CODIGO CIVIL. ACTOS CONTRARIOS A LA LEY Y NULIDAD. (STS DE 31 DE MAYO DE 2002.)

Esta Sala tiene declarado, con relación al alcance del artículo 6.3 del Código Civil, que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que debe ser interpretado, no con criterio rígido, sino flexible, por lo que no cabe admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, y que el artículo 6.3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que ha lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: 1) aquéllos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; 2) actos contrarios a la Ley, en los que ésta ordene, a pesar de ello, su validez, la cual, en cuyo caso, se reconocerá a estos actos *contra legem*; 3) actos que contraríen o falten a algún precepto, legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, respecto a los cuales el juzgador debe extremar su prudencia tras analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad si concurren transcendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público.

La valoración de las infracciones legales imputadas por la parte recurrente debe incluirse dentro del grupo tercero de los indicados anteriormente.

En este espacio procede indicar que el artículo 48-1.2.º de la Ley General de Cooperativas admite la posibilidad de que el socio sea representado en las Asambleas de las Cooperativas de Vivienda por su cónyuge, y que dicha representación constituía práctica habitual en la «Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Previcáceres», sin que para ello se exigiera delegación escrita del voto, como asimismo que los acuerdos fueron adoptados en la Asamblea de 17 de octubre de 1994 por mayoría abrumadora, de manera que, aun si se restara del total de los votos los emitidos por las tres personas que se dice no son socios, el resultado de las votaciones no sería modificado.

Por ello, el hecho de haber tenido como asistentes de la indicada Asamblea a socios que no debieron serlo, constituye una irregularidad sin incidencia en la formación de la voluntad del órgano colegiado, y por consiguiente, según la línea jurisprudencial antes manifestada, carece de virtualidad suficiente para generar una nulidad de pleno derecho de su constitución.

INSUFICIENCIA DE BIENES PARA HACER EFECTIVOS LOS CREDITOS. (STS DE 11 DE JUNIO DE 2002.)

El recurso se funda en la infracción de los artículos 1.111 y 1.294 del Código Civil en relación con la ausencia del requisito de la subsidiariedad o insuficiencia de bienes de los cónyuges demandados para hacer efectivos los créditos de la actora-recurrente.

Motivo que es estimado porque funda esa apreciación el Tribunal de instancia única y exclusivamente en que la Caja de Ahorros demandante «podrá resarcirse de sus créditos adjudicándose dos inmuebles que tienen hipoteca-

dos en garantías de préstamos», no sólo desconoce el dato incontrovertible de que dos de las garantías de sendos préstamos eran segundas hipotecas, superadas por tanto a las de rango preferente, así como que la responsabilidad no se había limitado a la propia garantía hipotecaria, sino también la jurisprudencia de esta Sala que ha venido flexibilizando los requisitos de que se trata en el sentido de no ser exigible una declaración judicial de insolvencia del deudor, o el que ésta sea total, ni una prueba a cargo de los acreedores de la falta de otros bienes del deudor sobre los que hacer efectivos sus créditos, pues es el deudor quien ha de precisar y señalar estos bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria.

SOLICITUD DE CEDULA DE APROVECHAMIENTO URBANISTICO Y CULPA DEL ARQUITECTO. (STS DE 13 DE JUNIO DE 2002.)

Se alega la infracción del artículo 1.101 del Código Civil que establece que quedan sujetos a indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los de cualquier modo contraviene el tenor de aquéllas, entendiéndolo la parte recurrente que en ningún caso los arquitectos, a los que se les encargó la realización de los proyectos de remodelación de un edificio incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, pues aunque el proyecto de remodelación no tuvo buen fin al ser denegada la solicitud de licencia por el Ayuntamiento de Barcelona, por sostener que supera los límites de altura, entendiéndolo que pese a esa negativa, el proyecto era correcto.

El motivo ha de desestimarse porque no puede tener virtualidad frente a la apreciación del Tribunal de instancia, la alegación hecha en este recurso por la parte recurrente de que la certificación urbanística, ni tiene carácter obligatorio ni es necesaria su obtención por un profesional arquitecto. Ahora bien, la existencia de culpa se apreció por la Audiencia en base a la no obtención de la certificación referida, no lo fue porque ésta haya de ser solicitada de forma necesaria y obligatoria, sino como cautela de profesional diligente, según se dice en la sentencia recurrida, ante la diversidad interpretativa que pueden originar las normas urbanísticas y la certidumbre de que quien expide aquélla es la misma autoridad administrativa que otorga las licencias. Ni la circunstancia de que el Ayuntamiento haya posteriormente cambiado, en su caso de criterio en torno a los límites de altura, porque este cambio si realmente ha acontecido, se refiere a un proyecto de 1995, lo que viene a demostrar la importancia de solicitar la correspondiente cédula de aprovechamiento urbanístico para conocer el criterio interpretativo de la administración en el momento de solicitar la licencia de obras.

INCONGRUENCIA PRODUCIDA POR LA ALTERACION DE LA SENTENCIA DE LA CAUSA DE PEDIR. (STS DE 20 DE JUNIO DE 2002.)

Salvando las imprecisiones terminológicas, en cuanto que las partes en el contrato están hablando del precio de la opción, cuando en realidad de lo que se trata es del precio de la compraventa, entendemos con la parte recurrente que es de apreciar la incongruencia de la sentencia denunciada en el presente motivo, pues aunque el fallo de la misma acoja el pedimento alternativo del

suplico de la demanda, sin embargo se ha hecho alternando la causa de pedir, deviniendo en consecuencia por ese hecho indefensión a la parte demandada, pues como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, la incongruencia se produce cuando una sentencia deja cuestiones sin decidir, concede más de lo pedido o cosa distinta a lo solicitado, pero se da también la incongruencia cuando la sentencia altera la causa de pedir, produciendo con ello indefensión, en cuanto del relato fáctico de la demanda y de su fundamentación jurídica, al invocar el artículo 1.303 del Código Civil que estatuye que una vez declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos y el precio de sus intereses, y es en ese concepto en el que la parte actora pide la devolución del cheque, por lo que si el contrato de compraventa es inexistente por carecer de causa, la cantidad que se acuerda devolver al demandante no puede ser por haberla recibido los demandados en concepto de precio, porque ello supondría una contradicción *in terminis*, con el hecho de haber tenido como inexistente el contrato por falta de causa, pues es sabido que en las compraventas el precio constituye para el vendedor la verdadera causa del contrato de compraventa el precio, y la ausencia de tal requisito determina la inexistencia de la misma, por consiguiente no se puede después de haber entendido el Tribunal de instancia que el contrato en base al cual se hace la reclamación es inexistente por carecer de causa, acordar la devolución de la cantidad reclamada que había sido satisfecha en concepto de precio, sin incurrir en una contradicción que también haría incongruente la sentencia.

INDEMNIZACION POR INCUMPLIMIENTO. (STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2002.)

Para la aplicación del artículo 1.101 del Código Civil es preciso demostrar que el contrato existe, que se incumple por causa imputable al deudor y que se produce un daño causalmente unido al incumplimiento, y en atención a la consolidada jurisprudencia mantenida desde antiguo, donde se establece como requisito necesario para que surja el deber de indemnizar, la existencia del nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina, y como en este supuesto el daño se produjo por no haber construido los dos pantalanes donde iban a situarse los puestos de amarre y atraque que debían ser cedidos al club recurrido, y esta falta de construcción se produjo por el incumplimiento por «Marina de Formentera, S. A.», al no modificar el proyecto original como se había comprometido en el convenio de 13 de septiembre de 1979, y que consistió la principal obligación de esta sociedad frente al club para incluir en el proyecto modificado dos pantalanes más, lo que ha producido como consecuencia causal el perjuicio para el otro contratante, perjuicio no discutido en autos, al no poder disponer de los susodichos puestos de amarre y atraque. Esta relación de causalidad, además, la ha atenido por acreditada la sentencia de instancia, y a ello hay que atenerse, porque el nexo causal entre el incumplimiento del contrato y los daños se ha de considerar como una cuestión de hecho, así como la existencia del daño.

INEXISTENCIA DE LA ADQUISICION DE FINCAS POR USUCAPION. (STS DE 8 DE OCTUBRE DE 2002.)

La Audiencia Provincial, en una valoración probatoria absolutamente correcta, afirma que la posesión desde 1952 de los bienes a que se refiere la demanda por el causante de los demandados y luego por éstos, públicamente y en concepto de dueños, sin reclamación alguna por parte de doña Pilar Maciá, que no falleció hasta 1986, evidencia la adquisición de los mismos por aplicación del plazo extraordinario de prescripción de treinta años. Tal conclusión no ha sido eficazmente combatida por el recurrente ni puede resultar desvirtuada por la mera manifestación de que la mencionada prescripción es inexistente.

ERROR ES LA DECISION INJUSTIFICABLE EN DERECHO. (STS DE 20 DE JUNIO DE 2002.)

A la sentencia de la Audiencia cabe reprocharle algunas imprecisiones de planteamiento, descuidada redacción jurídica en algunos puntos, extenderse en consideraciones innecesarias sobre temas ajenos al debatido, e incluso alguna apreciación jurídica discutible, pero en absoluto incide en error judicial.

No es cierto que se haya desnaturalizado la acción efectivamente ejercitada en la demanda, no se han variado los hechos, ni se ha cambiado la posición procesal del acto establecida en la demanda y en el recurso. La acción ejercitada en la demanda era la subrogatoria de pago por tercero de los artículos 1.158 y 1.210 del Código Civil, y la misma se desestima porque el actor no hizo el pago como tercero, sino en concepto de propietario de la finca (y por lo tanto como deudor principal). Para efectuar esta apreciación (actuación como propietario) la sentencia se apoya en dos argumentos, y si bien uno de ellos puede ser jurídicamente polémico (al derivarse de una decisión judicial no firme), el otro en absoluto puede ser tachado de arbitrario o erróneo, pues se deduce de la valoración probatoria de las pruebas de confesión y documental. El juzgador efectúa una apreciación de la prueba que no cabe revisar en este juicio de error, el cual no constituye un recurso o nueva instancia, y realiza una aplicación de la doctrina de los actos propios coherente con el supuesto fáctico previamente fijado. Se puede discrepar acerca de si era posible otra argumentación jurídica que pudiera conducir a una decisión diferente, pero en modo alguno cabe apreciar el error en el sentido que lo configura la doctrina jurisprudencial. Repetidamente viene diciendo esta Sala que no es el desacierto lo que se trata de apreciar o reconocer, sino la decisión injustificable en derecho. Para que se pueda dar lugar a la estimación de la demanda es preciso un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal. Ha de tratarse de un error craso, evidente e injustificable, una equivocación manifiesta, palmaria e incontestable, que ha provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales generadoras de una resolución absurda que rompa la armonía jurídica.

COMPRAVENTA SIMULADA. LA RECEPCION DEL PRECIO QUE CONFIESA RECIBIDO POR EL VENDEDOR, CUANDO ESTE LO NIEGA, HACE RECAER LA CARGA DEL HECHO POSITIVO (PAGO) SOBRE EL COMPRADOR QUE MANTIENE LA REALIDAD DEL NEGOCIO. EL ARTICULO 1.277 DEL CODIGO CIVIL NO PUEDE APLICARSE CUANDO LA CAUSA DEL CONTRATO SE EXPRESA EN EL MISMO. (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2002.)

Ejercitándose en este litigio una acción declarativa de simulación de una compraventa, el órgano judicial ha de llegar por pruebas indirectas muchas veces al descubrimiento de la simulación porque ante él se presentan simples y escuetas declaraciones contractuales sin base fáctica. Uno de los instrumentos para aquella finalidad es la averiguación de si el precio que se dice recibido por el vendedor se pagó, no bastando en modo alguno el reconocimiento de su recepción cuando ésta es negada. Ante este hecho negativo, nada impide a la parte compradora demostrar el hecho positivo en contrario, o sea, la entrega. Es una prueba que está a su alcance, no así para el vendedor la negativa de no haberlo recibido. Esta Sala ha declarado reiteradamente que la fe notarial hace prueba, mientras no se ataque por falsedad de que los otorgantes de la escritura pública hicieron las manifestaciones que constan en el documento, pero no de que ellas correspondan a la verdad (sentencias, entre otras, de 30 de septiembre de 1995 y 30 de octubre de 1998 y las que en ellas se citan).

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv., acusa infracción del artículo 1.277 del Código Civil, que establece una presunción de causa en los contratos, que exonera de prueba a los favorecidos con ella, volviéndose de nuevo en la fundamentación del motivo a resaltarse el valor probatorio del reconocimiento de la recepción del precio por la vendedora (actora-recurrída).

El motivo se desestima porque el artículo 1.277 nada tiene que ver con la cuestión litigiosa. No se ha puesto en duda por las partes la existencia de causa, que fue la compraventa celebrada entre las partes de modo formal en escritura pública. Lo discutido ha sido si fue real o no tal causa. En cambio, el artículo 1.277 se refiere a los supuestos de no expresión de la causa en los contratos.

TERCERIA DE DOMINIO. PREDOMINA EL DERECHO DE LA PERSONA FAVORECIDA POR UN TITULO ANTERIOR EN EL TIEMPO. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2002.)

Efectivamente, como dice la parte recurrente, el precepto aludido indica que toda acción de tercería de dominio ha de fundarse en la acreditación del dominio de los bienes litigiosos y que su adquisición fue anterior a la fecha en que se practicó el embargo, y que dichas tercerías habían de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor.

Pues bien, en el presente caso y para ya centrar la cuestión hay que tener en cuenta unos datos esenciales para su resolución, y que, además, pueden calificarse como incontrovertidos, los cuales son: a) Que los recurrentes suscribieron en fechas comprendidas entre los meses de febrero a julio de 1989, contratos plasmados en documentos privados y escrituras públicas cuyo objeto estaba constituido por la figura negocial conocida doctrinalmente como contrato de aportación de solar, aunque en el presente caso el precio no era

sólo el obtener viviendas y locales, sino también dinero. La naturaleza de dicho contrato participa de una conexión con la de la compraventa, la permuta y el de arrendamiento de obra, pero puede ser definido como una permuta de cosa presente por cosa futura, por lo que le serán aplicables al mismo las normas que establece el Código Civil para la permuta, y en su caso para la compraventa; *b)* Que hubo una entrega de lo construido a través de escrituras de fecha 23-VII-1993, 10-VIII-1993 y 10-VIII-1994, para que el conjunto global de los ahora compradores, antes cedentes, terminaran las obras y asumieran deudas contraídas; y partiendo de la base del no correcto entendimiento que el título emanado de dicha escritura pública haya de retrotraerse a las fechas en que se celebraron los contratos de cesión de solar, que desde luego no sirvieron para entronizar el modo como elemento o requisito esencial para la transmisión del dominio; *c)* Que el 5 de mayo de 1993 se anotó a favor de la parte recurrida la traba sobre dichos inmuebles por causa de diversos procedimientos ejecutivos.

Dicho todo lo anterior, es preciso volver a traer la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión, en concreto la que determina que el objeto del juicio de tercería de dominio es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndoles de la vía de apremio, es decir, lo único que se persigue es impedir que la cosa embargada al deudor ejecutado sea adjudicada definitivamente al ejecutante, obstaculizando su eventual y ulterior transferencia, con lo que tal proceso no entraría la contienda del propietario no poseedor frente al poseedor no propietario que caracteriza la acción reivindicatoria, sino que sólo tiende al levantamiento del embargo por no pertenecer al deudor el bien sobre el que se constituye. Ya que la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es una acción declaratoria, cuyo objeto es la determinación del derecho de propiedad —a favor del demandante-tercerista—, y el levantamiento del embargo —trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado— (sentencias de 2 de julio de 1994 y 19 de mayo de 1997, como más significativas, entre otras).

ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL.—EJERCICIO DE LA ACCION RESOLUTORIA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2002.)

El único motivo del recurso, amparado en el número 4.º el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción del artículo 1.124 del Código Civil y se funda esencialmente en que, habiéndose solicitado en la demanda interpuesta la condena al pago por el demandado, hoy recurrente, del contravalor en pesetas de 286.278,78 coronas danesas en concepto de precio de mercancías vendidas y entregadas a éste, «la actora había incumplido con las obligaciones inherentes a la relación contractual que unía a ambos, y ello por cuanto: 1. La actora no había entregado las máquinas en el estado de calidad y funcionamiento pactado, y 2. La actora tampoco prestó la garantía y asistencia comprometida en las facturas que acompañan en orden a la reparación de las maquinarias, su rectificación o reposición o cambio por otras nuevas que funcionaran», por lo que se considera aplicable el precepto invocado.

El motivo no debe prosperar por las siguientes razones: *a)* La resolución contractual en aplicación del artículo 1.124 del Código Civil debe ser declarada judicialmente siempre que no se haya acordado por las partes, sin que

pueda oponerse por vía de excepción (sentencia de 1 de abril de 2000) a diferencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, sino que precisa reconvencción (sentencia de 15 de noviembre de 1999), y, en el caso que nos ocupa, aunque el demandado se refirió a la Resolución al contestar a la demanda, lógicamente se limitó a pedir su absolución, y en la reconvencción, si bien volvió a alegar respecto a su pretensión resolutoria, sólo solicitó en el Suplico la condena a la actora a retirar la mercancía vendida y a indemnizar por los gastos del almacenaje y, con carácter subsidiario, que se condenara a «M. Gerni A/S» a pagar el valor nuevo de la maquinaria, también en concepto de indemnización, o sea que, en definitiva, no ejercitó la acción resolutoria; b) La determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual es *quaestio facti* (sentencias de 18 de octubre y 4 de noviembre de 1999 y 10 de mayo de 2000), que, por tanto, sólo puede ser impugnada en casación por la vía adecuada (sentencia de 2 de diciembre de 1999) en los casos en que sea atacable la valoración probatoria efectuada en la instancia, lo que no se ha realizado; y c) Aunque lo expuesto ya conduce al rechazo del motivo, sucede que, además, tanto la sentencia del Juzgado (Fundamento de Derecho quinto), cuya fundamentación fue aceptada por la Sala de instancia como la dictada por ésta, ponen de manifiesto diversas circunstancias obstativas de la pretensión formulada por el señor A. R. en vía reconvenccional, que son valoradas correctamente y llevan a la conclusión —ante el evidente impago del precio— de la procedente estimación de la demanda y desestimación de la reconvencción, siendo particularmente significativa la falta de identificación precisa de las máquinas defectuosas y la no reclamación por el demandado de su reparación dentro del período de garantía.

INEFICACIA DE UN CONTRATO QUE HA SIDO DEJADO SIN EFECTO POR OTRO POSTERIOR. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2002.)

Según se desprende del *factum* de la sentencia recurrida, la parte ahora recurrente y antes demandante, firmó un documento privado de fecha 1 de septiembre de 1992, con su actual coadyuvante procesal, en el cual se hacía constar que todas las relaciones negociales que les unían quedaban zanjadas y sin efecto, estableciéndose la compensación de los perjuicios sufridos por éste.

Por todo ello es imposible que el ahora recurrente pretenda subrogarse a través de esta demanda cuya base es un documento de fecha 1 de marzo de 1994, en los derechos que su coadyuvante procesal tenía frente al demandado y ahora recurrido sobre determinadas fincas, ya que para aquel entonces no había ningún vínculo o representación entre el actor y el referido coadyuvante.

A estas conclusiones se llega en el *factum* de la sentencia recurrida, y a través de una actividad hermenéutica lógica y racional, lo que unido a que las facultades interpretadoras de los convenios, negocios, relaciones y obligaciones se integran en la propia soberanía juzgadora de los Tribunales de instancia (sentencia de 18 de junio de 1992, por todas); hace que sin más y sin entrar en la discusión, por inane, sobre la correcta aplicación de los artículos alegados como infringidos en este motivo, el mismo debe ser rechazado.

UN DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE UNA EXPECTATIVA DE VIVIENDA, NO ES TITULO SUFICIENTE PARA EL EJERCICIO DE UNA TERCERIA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2002.)

a) Los ahora recurridos suscribieron y adquirieron, por el sistema de «a través de planos», de una promotora y a través de documento privado, un piso; b) Dicha adquisición fue inscrita en la Consejería de la Vivienda, organismo dependiente de la Junta de la Comunidad de Castilla-La Mancha; c) Con posterioridad a tal documento privado e inscripción del mismo, la parte ahora recurrente que tenía un crédito con la referida promotora, embargó el piso en cuestión que estaba a nombre de la misma.

Ante todo ello, la parte ahora recurrida promovió demanda de tercería de dominio, que originó el proceso del que este recurso trae causa.

Pues bien, centrando ya la cuestión, hay que proclamar que un requisito *sine qua non* para que pueda ejercitarse con éxito una acción de tercería de dominio, es que el tercerista sea propietario indubitado del objeto que ha sido objeto de traba, ya que la finalidad de tal acción es la de liberar de un embargo bienes que han sido injustificadamente trabados, o sea, que se debe pretender única y exclusivamente el levantamiento de dicho embargo, puesto que sólo el tercerista es el propietario y no lo es el ejecutado.

Y en este sentido se ha decidido la jurisprudencia de esta Sala de una manera pacífica y constante; y así, con arreglo a la misma, hay que afirmar que por su naturaleza, la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba y, en su consecuencia, debe levantarse la restricción; pues el objetivo de la misma es atacar el embargo trabado y pedir su alzamiento (por todas, la sentencia de 10 de octubre de 1996).

Para ello, hay que decir que reiteradamente esta Sala ha proclamado que el Código Civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa en la teoría del título y el modo, conforme a la cual —a diferencia de los sistemas legislativos en los cuales la propiedad se transmite por el solo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facultar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales—; y como, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición, y así se desprende de los artículos 609 y 1.095, es decir, que sólo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in se* (sentencia de 20 de octubre de 1990).

EL CONTRATO FIDUCIARIO HA DE SER MANTENIDO EN SUS TERMINOS CUANDO SU CAUSA SEA CIERTA Y LICITA. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

Acepta y reproduce la sentencia recurrida los fundamentos jurídicos de la sentencia que ante la Sala de instancia fue parcialmente apelada y es en ambas, respecto a la concreta cuantía a la que el motivo de recurso nos conduce, que establece categóricamente estarse ante un contrato disimulado —el referido a las fincas registrales números 19.861 y 51.772— que no es el que aparece de venta hecha por los demandados señor Velasco y esposa a favor de sus hoy codemandados don Juan de Dios Sánchez y esposa, sino de

restitución de la garantía dada en su día a un préstamo, siquiera la restitución se hace a nombre de los familiares de los destinatarios que se señalan.

Según las sentencias de instancia no se reduce la justificación a la pura mecánica de transmisiones hechas según la causa que se les atribuye y si se produce, según lo probado, una justificación ateniéndose a la impugnación que de su existencia se hace por disposición de bienes que harán infructuoso el aval personalmente prestado en el contrato de arrendamiento financiero que se esgrime en demanda, justificación aquella en la que se destaca, como real, que la transmisión de tales bienes a los avalistas demandados se hace sobrepasados nueve meses desde que el contrato de arrendamiento financiero se realizó y sólo cerca de año y medio después se hizo la transmisión devolutiva en la forma que queda establecida para quedar encuadrada en el artículo 1.276 del Código Civil tras la afirmación de que la demandante no ha probado, en forma alguna, la ficción que invoca.

Es reiterada la jurisprudencia —entre otras muchas, las sentencias de 18 de febrero de 1965, 6 de abril de 1987 y 5 de julio de 1993— que admite la validez del negocio disimulado como fiduciario en cuanto obedece a una causa de atribución patrimonial al fin concreto para que se ha convenido con obligación de retransmitir una vez que el fin convenido se ha cumplido, y es en este sentido que se establece en la instancia lo así producido respecto a aquellas reseñadas fincas de forma que, revelada la verdadera causa contractual y valorados en su verdadera naturaleza los contratos controvertidos por tal motivo, sin que se aprecie ni se pruebe error que lo desvirtúe, ha de estarse a lo establecido por la Sala de instancia —sentencias de 28 de octubre de 1988, 4 de marzo de 1993, 4 de febrero de 1994 y 31 de diciembre de 1997— y el motivo de recurso ha de ser desestimado.

TERCERIA DE DOMINIO.—DESESTIMACION POR INEXISTENCIA DE TITULO AL NO HABER SIDO RECONOCIDO EL DOCUMENTO PRIVADO EN EL QUE SE HIZO CONSTAR EL CONTRATO Y NO PODER PERJUDICAR A TERCERO LA FECHA CON QUE SE DATA EL MISMO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2002.)

En el primer motivo, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 609 del Código Civil, que establece que «la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles se adquieren ... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», ya que la sentencia admite la celebración del contrato y la toma de posesión jurídica del comprador y no obstante entiende no haberse producido el efecto traslativo del dominio.

Motivo que ha de ser desestimado porque no se atiene al *factum* de la sentencia recurrida, que pese a su defectuosa redacción, que da lugar a que aparezca en contradicción las afirmaciones mantenidas en su fundamento de derecho segundo, con lo que se sostiene posteriormente en el tercero, siendo en este último en el que en realidad se basó el pronunciamiento desestimatorio del recurso y consiguientemente de la demanda, en cuyo párrafo segundo, apartados letra *a)* y *b)*, se sostiene ratificando lo mantenido los razonamientos de la sentencia dictada en primera instancia; afirmando en el primero la falta de autenticidad del documento privado en el que se hace constar el contrato de compraventa, esto es, el título, y en el segundo, la falta de prueba

para acreditar una existencia real de una posesión de la susodicha parcela que, según se mantiene por el recurrente, fue segregada de la Parcela C-1, cuya totalidad fue embargada por Hacienda Pública, concluyendo en el último párrafo del referido fundamento tercero que no existe título, por lo que es evidente que falta el supuesto de hecho en que fundamenta la parte recurrente la violación de la norma del artículo 609 del Código Civil.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—NULIDAD DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS POR SER CONTRARIOS A LA LEY Y ESTATUTOS. APERTURA DE LOCALES. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2002.)

En el único motivo del recurso denuncia el recurrente (parte demandante) infracción del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal para interesar se decreten nulos los acuerdos tomados en la Junta de Propietarios celebrada el 17 de junio de 1994, por ser contrarios a la Ley y a los Estatutos en lo relativo a la *apertura de nuevos locales*.

Ha de partirse de que la sentencia recurrida declara hecho probado, que accede fijado a casación, que en la Junta de referencia se acordó la apertura de un local a realizar por don Juan León Correa, a lo que se opuso el recurrente. En la convocatoria de la Junta, integrando el orden del día, se anunció de modo genérico la «apertura de locales», lo que resulta suficiente, pues como declara la sentencia de 16 de abril de 1993, de la letra ni del espíritu del artículo 15 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, en su texto vigente, tras la Ley de 23 de febrero de 1988, puede entenderse que exista un auténtico derecho de información a favor de los copropietarios, como ocurre en el ámbito de las sociedades anónimas, bastando con hacer contar las materias a tratar en la Junta que se convoca, sin que se exija con rigor la exposición previa de todos los datos o medios de conocimiento precisos para la participación y, en su caso, deliberación de los interesados. De esta manera, no conforma el precepto una exigencia particularizada y detallista de los temas a decidir en la asamblea.

SEGURO «MULTIRRIESGOS TRANSPORTISTAS». SEGUN LAS CONDICIONES GENERALES, EL VEHICULO DEBE ESTAR EXPRESAMENTE DESIGNADO, PERO NO EL CONDUCTOR. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2002.)

El supuesto de hecho y el fundamento de derecho que constituyen las bases fácticas y jurídicas de la presente acción parten de sendos contratos de seguro denominados «multirriesgo transportistas» que cubrían una serie de riesgos referidos a dos vehículos (camión o cabeza tractora) y dos remolques, todos ellos *expresamente designados en las condiciones particulares*, tal como se exige en la cláusula preliminar de las condiciones generales y se reitera en las siguientes, que siempre se refieren a *vehículo designado*; el conductor viene definido en la misma cláusula preliminar en estos términos: *la persona que legalmente habilitada para ello y con autorización del asegurado, propietario o usuario del vehículo asegurado, que conduzca el mismo o lo tenga bajo su custodia o responsabilidad en el momento del accidente*. En esta definición se insiste en la idea de *vehículo asegurado* y cuando más adelante (art. 2.5) se describen los accidentes personales del conductor, objeto del

riesgo asegurado, se reitera que es el *conductor del vehículo asegurado*. Es decir, que en ningún momento se exige ni se menciona que el conductor se designe expresamente *nominatim*.

De la normativa básica que regula el contrato de seguro se desprende que la obligación esencial del asegurador en satisfacer el capital en el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. En el caso presente no aparece en ningún momento, en cláusula alguna de las condiciones generales, el que se asegure una persona física determinada *nominatim* como conductor, sino que por el contrario se le define como el *que conduzca o lo tenga bajo su custodia o responsabilidad*. Lo cual no queda desvirtuado por una designación en sendas pólizas del nombre del conductor. Son impensables dos extremos: que si éstos, los designados, no conducen ellos, el seguro no cubre a las personas que sí conducen y qué persona de conductor sería la asegurada si conduce uno de ellos pero, como en el caso presente, es un camión designado expresamente en una póliza y con el remolque designado en la otra.

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA VINCULA A QUIEN LO REALIZA. EN ATENCION A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 1.277 DEL CODIGO CIVIL HA DE PRESUMIRSE QUE SU CAUSA EXISTE Y ES LICITA. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2002.)

Don Gabriel había interpuesto demanda contra su esposa doña Angeles, reclamando el pago de 901.584 pesetas que le adeudaba como consecuencia de no haber atendido durante 1994 y los meses de 1995, hasta entonces transcurridos, los plazos previstos en la escritura pública de reconocimiento de deuda de fecha 13 de junio de 1989.

La demandada interesó la desestimación de dicha pretensión y formuló reconvencción interesando la declaración de nulidad radical del mencionado documento; subsidiariamente, la extinción de la deuda consignada en el mismo; finalmente, de no acogerse ninguna de tales peticiones, que se llevase a cabo una partición adicional, subsanando la liquidación y adjudicación de gananciales efectuada por los litigantes en su día.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, condenando a la demandada al pago de las costas.

Apelada esta Resolución por doña Angeles, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente con imposición a la recurrente de las costas de la alzada.

La esposa ha interpuesto el presente recurso de casación, que no se admite.

Como señala el Tribunal de instancia, el reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el artículo 1.277 del Código Civil ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor (con inversión de la norma general sobre carga de la prueba) no demuestre lo contrario.

En la sentencia impugnada se lleva a cabo una detenida valoración de las pruebas practicadas, ponderando el contenido de los diversos escritos suscritos por las partes, y se llega a la conclusión de que la escritura de 13 de junio de 1989 reúne todos los requisitos que el artículo 1.261 del Código Civil exige para su validez y eficacia.

COMPETENCIA DESLEAL: LICITUD DE LA COMERCIALIZACION EN ESPAÑA DE SARTENES FABRICADAS EN ITALIA, AUNQUE PRESENTEN ALGUNAS SIMILITUDES, NO AMPARADAS POR DERECHOS DE EXCLUSIVA CON LAS FABRICADAS Y COMERCIALIZADAS POR LA EMPRESA FRANCESA DEMANDANTE. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

En juicio de menor cuantía promovido por una sociedad francesa de reconocido renombre internacional en la fabricación y comercialización de artículos para el hogar y su filial española, contra una sociedad anónima domiciliada en Zaragoza a la que imputaba una comercialización de sartenes bajo la marca «Rottwell», que infringía la legislación de marcas y de competencia desleal al imitar las sartenes «Resistal» de las demandantes, caracterizadas por su fondo interior antiadherente, colmenado o en panal, y su presentación en un cartón protector con dibujos concéntricos que resaltaba la avanzada tecnología aplicada en la fabricación del producto y mencionada su antiadherencia.

A) La Ley de Competencia Desleal considera como tal determinados actos y prácticas comerciales, pero siempre desde la finalidad superior de una *«protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado»*, objeto de dicha Ley, según su artículo 1, que se corresponden con las razones de su Exposición de Motivos cuando declara acerca, precisamente, de la finalidad de la Ley, que la redacción de sus preceptos *«ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales»* (apartado III.2, párrafo último), que al perfilar los elementos generales del ilícito concurrencial se ha seguido *«un criterio marcadamente restrictivo»* (apartado III.2, párrafo segundo), que la Constitución hace gravitar nuestro sistema económico sobre el *«principio de libertad de competencia»*, reforzado por el de *«protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado»* (apartado II, párrafo último) y, en fin, que el Derecho de la competencia desleal *«deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado»*, siendo así portadora dicha Ley *«no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo»*.

B) Tales principios tienen su adecuado reflejo en los concretos preceptos de la Ley que describen los actos constitutivos de competencia desleal, no sólo mediante la expresa mención del consumidor o consumidores en los artículos 6, 7, 8, 11, 16 y 17, sino también mediante excepciones a la ilicitud del acto fundadas en la libertad de competencia, cual sucede en el apartado 1 del artículo 11 al declararse libre la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley en el párrafo segundo del apartado 2 del mismo artículo, cuando excluye la deslealtad de prácticas imitativas en función de su inevitabilidad o, en fin, cuando en el apartado 3 se condiciona a determinados fines y excesos la ilicitud de la imitación sistemática de prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor.

C) En esa misma línea ha declarado esta Sala que el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal *«proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida»* (STS 7-6-00 en recurso 2484/95) y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye competencia desleal (STS 6-6-97 en recurso 1611/93).

DOMINIO: TRANSMISION; TITULO Y MODO; COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO: ES TITULO SUFICIENTE PARA TRANSMITIR EL DOMINIO.—RESOLUCION CONTRACTUAL: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: POR IMPAGO DEL PRECIO APLAZADO PROLONGADO, DURADERO E INJUSTIFICADO. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

El Tribunal Supremo no admite la casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en la que se declara: *a)* La resolución del contrato de compraventa otorgado entre las partes litigantes mediante documento privado de fecha 13 de junio de 1989, respecto de la finca descrita en el hecho primero de la demanda; *b)* Que los demandados vienen obligados a restituir de inmediato a la actora la finca objeto de la compraventa; y *c)* Que la cantidad de TRES MILLONES CIENTO MIL PESETAS (3.100.000 ptas.) entregadas por los demandados a cuenta del pago del precio de la compraventa, debe hacerla suya la actora en concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados, en razón de la tenencia y disfrute de la finca objeto de la compraventa desde el día 13 de junio de 1989, fecha en que empezó a ocuparla hasta el día en que efectivamente sea devuelta a la demandante.

Se desestiman todos y cada uno de los nueve motivos alegados. Recogemos el noveno que aclara la cuestión:

— En el *motivo noveno* se alega la infracción del artículo 1.124 en relación con el artículo 1.504, ambos del Código Civil.

El motivo debe también desestimarse.

Argumentar ahora, como se hace en el motivo, que, habiendo de tener lugar simultáneamente el pago de la parte de precio aplazado y el otorgamiento de la escritura pública, mal puede entenderse que se incumplió dicha obligación de pago, que había de tener lugar antes del 30 de julio de 1989, si se tiene en cuenta que la parte vendedora no podía otorgar la escritura porque hasta el 20 de septiembre de 1990 no tuvo lugar la que formalizaba públicamente la adquisición de la finca a su favor, supone desconocer que el incumplimiento contractual no se concreta en aquella fecha, sino en haberse mantenido durante varios años en la posesión de la finca sin hacer nada en orden al abono de la suma debida. El motivo ignora los hechos probados en los que de modo incontestable se establece que en fecha 20 de septiembre de 1990, Construcciones Algaida, S. A. escritura a su nombre la finca vendida inscribiéndola en el Registro de la Propiedad el 7 de noviembre siguiente, y tras múltiples gestiones efectuadas por dicha entidad demandante acerca de los compradores demandados para que se avinieran al pago del precio restante, promovió el 26 de noviembre de 1993 acto de conciliación a los efectos previstos en el artículo 1.504, a cuyo acto no comparecieron los demandados pese a estar citados en legal forma.

Evidentemente hay un impago prolongado, duradero e injustificado constitutivo de una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato, que frustra el fin del mismo, como razona la Resolución recurrida, por lo que la apreciación de incumplimiento contractual por parte de los demandados y el efecto de resolución contractual son plenamente ajustados a los artículos 1.101, 1.124 y 1.504 del Código Civil.

TERCERA DE MEJOR DERECHO. NOVACION PROPIA E IMPROPIA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 2002.)

El tema de instancia ha versado sobre la preferencia en los autos de juicio ejecutivo 168/91 del contrato de arrendamiento financiero-leasing suscrito el 28 de diciembre de 1988 con intervención de Corredor de Comercio Colegiado y modificado por escritura notarial, en lo referente al precio contractual, composición, importe y vencimiento de las cuotas, y del importe del valor residual y constitución de hipoteca sobre determinados bienes de los deudores.

Parte el motivo primero que, como han recogido las sentencias de instancia, el tema a dilucidar se reduce a determinar si nos encontramos en presencia de una novación impropia o modificativa o ante una novación propia y extensiva, debiendo atenderse para ello, tanto a la voluntad de las partes o *animus novandi*, como a la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación, y cita al respecto la añeja sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1959, que recoge que las modificaciones accidentales que sin alterar la esencia de una obligación preexistente, se introduzcan en ella, no producen el efecto de extinguirla por novación, pero sí las modificaciones que sean esenciales, es decir, constitutivas de las condiciones principales, según el artículo 1.203, como son el plazo pactado y la cuantía de la cláusula penal...

Entiende la recurrente que, en este caso, en el nuevo contrato plasmado en la escritura pública de 25 de febrero de 1992, las partes llevaron a cabo una total alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva, pues se modificaron el precio contractual, composición, importe y vencimiento de la cuota y del importe del valor residual y ello lo califica la recurrente como novación extintiva. Entiende que la reclamación por juicio efectivo se ha realizado por el número 1.º del artículo 1.429 LEC, que si no se hubiera novado extintivamente hubiera sido por el número 6.º de tal precepto.

Concluye el motivo que, probado que el crédito de la recurrente nació con póliza de crédito de fecha 27 de julio de 1990, y su liquidez lo fue el 15 de octubre de 1991, es más antiguo y goza de preferencia frente al título de Uninter Leasing, S. A.

No puede aceptarse la argumentación del motivo de que la reclamación por juicio ejecutivo se haya efectuado por la vía del número 1.º del artículo 1.429 LEC en lugar del número 5.º, toda vez que ello aparece intrascendente a estos efectos, pues como han señalado las sentencias de esta Sala, de 6 y 19 de junio de 1995, las pólizas intervenidas por Corredor son equiparables a la escritura pública. Ya la antigua sentencia de 15 de diciembre de 1956 señaló que existe una igualdad de rango y calidad para los efectos del artículo 1.924 del Código Civil, entre la escritura pública y la póliza de cuenta de crédito intervenida por Corredor de Comercio, si bien refiriendo la preferencia, no a la fecha de la póliza, sino a la de cada liquidación.

Teniendo en cuenta que no constituye novación extintiva la modificación del precio ni la alteración de la forma de pago (sentencias de 27 de mayo de 1959 y 25 de abril de 1966), y que la hipoteca se constituyó como mera superposición de garantía, sin que implicara modificación alguna de las obligaciones anteriores, no impide la preferencia del crédito del tercerista —sentencia de 27 de diciembre de 1985— y asimismo debe consignarse que no han variado las condiciones principales y persistiendo el vínculo, se ha

producido una novación impropia —sentencias de 8 de octubre de 1986 y 6 y 10 de febrero de 1995—, por lo que decae la argumentación de la recurrente.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

NOVACION DE ARRENDAMIENTOS.—EXISTE LA NOVACION PORQUE SE HA ALTERADO LA ESENCIA DEL CONTRATO, MODIFICANDO EL OBJETO DEL MISMO. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 3 de Ciudad Real desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. El contrato se formalizó en 1970 arrendándose la totalidad de la finca a tres hermanos conjuntamente, pero a partir de 1976 uno de ellos comenzó a explotar la tercera parte de la finca de forma individualizada, separando su parcela del resto de la finca, y en 1982 los otros hermanos comienzan a cultivar un tercio de la finca, individualizando su parcela por medio de alambradas. En 1988, el primero dejó su parcela pasando a ser arrendatarios de esa parte, sus tres hijos que convienen con el arrendador dividirla en tres partes separadas, abonando cada uno su renta separada. En 1991 se produce otro cambio, pasando una de las parcelas a sus hijos. Todos los cambios fueron consentidos por el arrendador. La sentencia recurrida entiende que existe una comunidad de bienes conforme al artículo 392 del Código Civil, sin que el hecho de dedicarse cada uno de ellos a una parcela concreta signifique que cada uno tenga un contrato de arrendamiento distinto. Sin embargo, los hechos no permiten afirmar que subsista una comunidad de bienes, relativa al arrendamiento sobre la primitiva finca, que fue objeto del mismo. Por el contrario, la realidad de las divisiones producidas y la individualización de las parcelas y de las rentas, aceptada por el arrendador, conducen a establecer que se ha alterado la esencia del contrato, siéndole aplicable la reiterada doctrina jurisprudencial que reputa existente la voluntad novatoria de las partes, sin necesidad de que conste expresamente su novación cuando se altera la esencia del contrato. Así la sentencia de 15 de diciembre de 1997 considera novación cuando se alteran los elementos esenciales como son el objeto y la RENTA E INCLUSO la modificación de una sola de estas circunstancias, puede ser reveladora de un ánimo novatorio, aún sin olvidar que la prevención de la Sala frente a la novación extintiva que se produce cuando tal novación se relaciona con la pérdida de derechos adquiridos por el arrendatario, según su contrato primitivo (sentencia de 24 de febrero de 1995), ya que no puede ser operativo porque se infiere lo contrario, es decir, que se pretende privar al arrendatario de su derecho de prórroga.

EXTINCION DEL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD.—FALLECIDA LA ARRENDATARIA DEBE SER SU SUCESOR EL QUE INSTE SU DERECHO DE ACCESO, YA QUE LA SUCESION EN EL ARRENDAMIENTO NO IMPLICA QUE EL SUCESOR TENGA LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL O PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA. (SENTENCIA DE 27 SEPTIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Pola de Siero desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación interpuesta por el Ayuntamiento de Siero. El derecho de acceso le correspondería a la demandante que reúne las exigencias previstas por la LAR. Pero su posterior fallecimiento, si bien traslada a su patrimonio relicto sus derechos a los causahabientes, había de ceñirse esa transmisión a los que en realidad sean diferibles *mortis causa* a quienes les suceden, pero cuando aquel derecho ha sido reconocido porque la peticionaria era arrendataria rústica y gozaba de la cualidad de cultivador personal o profesional de la agricultura, son estas circunstancias las que han de probarse que existen en ese continuador procesal, ya que no se han debatido en el proceso instado las referidas circunstancias formales precisas, sin perjuicio de que se cumpla el derecho a suceder en el arrendamiento, según el artículo 79 LAR. Por tanto, ese continuador debe instar el derecho de acceso a la propiedad en un nuevo proceso en el que se debatan las cuestiones implicadas en ese derecho.

ARRENDAMIENTO DE CAZA.—EXISTE LA OBLIGACION DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS CUANDO SE ABANDONA EL ARRENDAMIENTO ANTES DEL PLAZO FIJADO EN EL CONTRATO, POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Ocaña estimó la demanda y la Audiencia estimó en parte la apelación.

No se admite la casación. La sociedad arrendataria abandonó el predio a los dos años, siendo el contrato de seis, por lo que fue demandado por la comunidad de propietarios titulares de la finca, alegando que existe una cláusula que autoriza a abandonar el arrendamiento antes del plazo fijado sin derecho a resarcimiento alguno, así como el incumplimiento de la arrendadora a las condiciones del contrato. La sentencia recurrida estimó sustancialmente la demanda y condenó a indemnizar los daños y perjuicios a la demandada, que no había probado el incumplimiento de la actora y, sin embargo, no había respetado el plazo pactado. La ruptura unilateral de la relación contractual, no recién terminada la temporada de caza, sino en el mes de junio, próxima ya la denominada «media veda» y no lejano el comienzo de la siguiente temporada, lo que entrañaba serias dificultades para poder negociar un nuevo arrendamiento en condiciones mínimamente aceptables.

RETRACTO.—NO PROCEDE SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS CUANDO OTRAS HAN ADQUIRIDO LA CONDICION DE URBANAS, YA QUE EL

ARRENDAMIENTO ES UNICO Y NO PUEDE FRAGMENTARSE. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Carlet estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No procede la casación. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, desestimando el retracto, aunque en la actualidad parte de las fincas mantengan su condición de suelo rústico. Al tiempo de la transmisión de las fincas y presentación de la demanda, aquéllos ostentaban la calificación del suelo urbanizable, conforme al Plan de Ordenación Urbana de 1983, por lo que ha de tenerse en cuenta el artículo 7.1-1.º LAR, ya que una finca, que es calificada como suelo urbanizable, con destino industrial, pierde su propia naturaleza rústica y hace inaplicable la Ley especial conforme a su artículo 1 y con ello el derecho a retraer, y así lo declara la jurisprudencia reiterada de la Sala. En el tiempo actual, durante la tramitación del litigio, el Plan Urbanístico de 1992 atribuyó a una parte de las fincas condición de suelo urbano y a otra la de no urbanizable (rústico). Dice el recurrente que al no hacer uso el arrendador de la facultad de extinguir el contrato, ante el cambio de destino de las fincas, aquél se mantiene en toda su plenitud, lo que no es así, pues los cambios urbanísticos lo variaron de su condición de especial y protegido, no asistiendo al arrendatario su derecho de acceder a la titularidad de los predios mediante el retracto. El hecho de que se mantenga el arriendo no quiere decir que esté sujeto a la LAR, como aquí sucede, al ser unas fincas urbanas y otras rústicas, tratándose de una circunstancia sobrevenida durante la vida de la relación, lo que prevé el artículo 71. EL retracto no puede dividirse y recaer sobre la parte no urbanizada de la finca, pues así se atentaría al principio contractual que proclama que el arrendamiento es único y no se puede fragmentar.

RETRACTO.—ACCESO A LA PROPIEDAD.—SE ADMITE EL ACCESO, AUNQUE EL RETRACTO SOLO SE HAYA EJERCITADO SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS COMPRADAS, YA QUE LO CONTRARIO IRIA CONTRA EL FIN SOCIAL QUE TIENE EL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Burgos desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

Triunfa la casación. La tesis de la sentencia recurrida para fundar la negativa al ejercicio del acceso a la propiedad, se basa en que se ha hecho un ejercicio selectivo del derecho de retracto, ya que sólo se ha efectuado sobre alguna de las fincas compradas por los demandados, pero dicha tesis contradice el interés social que debe presidir toda acción de acceso a la propiedad rústica, ya que la posibilidad que se otorga al aparcerero de acceder a la propiedad tiene como fundamento el evitar un arma especulativa, facilitando tal acceso. No se pueden poner trabas ratificales que desvirtúen su contenido real, como sería el acceso o todo o nada, pues hay que tener en cuenta la potencia económica del retrayente que, a veces, no puede abarcar la totalidad de las fincas sobre las que puede obtener el dominio y que, además, no están constituidas en un todo global.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LAS FINCAS ARRENDADAS TIENEN HOY UN VALOR SUPERIOR AL DUPLO DEL DE LAS FINCAS RUSTICAS SITAS EN LA MISMA ZONA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 3 de Vitoria desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Las fincas en cuestión tienen, hoy por hoy, un valor en venta superior al duplo del de las fincas rústicas similares en la zona, teniendo este valor fundamento ajeno a su destino agrícola y por estar dentro de un plan urbanístico, por lo que debe tener total vigencia el artículo 7 LAR. La prueba pericial debe ser valorada libremente por el Juez, de acuerdo con la sana crítica, por lo que no puede ser atacada en casación, puesto que no constan en norma legal alguna que pueda ser invocada en casación, salvo que diera lugar a una situación absurda, ilegal y contradictoria en sí misma.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—DEBE PREDOMINAR EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEGUN EL CUAL SE HA DE SEGUIR EL CRITERIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY DEL ARTICULO 2 DEL CODIGO CIVIL, NO SIENDO APLICABLE LA LEY DE 1992. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

Triunfa la casación. El Tribunal Constitucional resolvió, en recurso de amparo, la contradicción existente entre los diversos recursos de casación interpuestos para fijar el precio de adquisición de las fincas, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, debiéndose cumplir lo declarado por el Tribunal Constitucional. No pueden mantenerse en Derecho posturas inamovibles ni pretender hallarse siempre en posesión de la verdad. El criterio de la Sección que conoció y resolvió el recurso de casación en 27 de abril de 1999, mantuvo que era retroactiva la aplicación de una norma vigente al tiempo de hacer la valoración, pese a no ser todavía vigente cuando se inicia el proceso. Sin embargo la sentencia de la misma Sala de otra fecha mantuvo que sí era de aplicación retroactiva y casaron las sentencias de instancia. Ante ello, dos posturas defendibles hay que seguirle que ha mantenido una larga serie de sentencias de la misma Sala, estimando el motivo quinto y defendiendo la irretroactividad de la Ley de 1992, que no estaba vigente en el momento de interposición de la demanda que originó el pleito, fijándose el precio en la forma mantenida en las sentencias mencionadas de esta Sala.

Arrendamientos urbanos

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—ES CORRECTA LA APLICACION DE LA LEC SOBRE DESAHUCIO, YA QUE SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ESPECIAL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 7 de Badajoz estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. Es correcta la aplicación de las normas sobre el desahucio de la LEC, ya que se trata de arrendamiento sujeto a las normas del Código Civil por estar excluido de la legislación especial. Tampoco se puede admitir la tácita reconducción, ya que no se había hecho el requerimiento dentro del plazo legal, diciendo que el contrato vencía el 30 de abril de 1995, siendo así que se deduce claramente de las pruebas realizadas, que las partes habían convenido que los contratos finalizarían el 31 de julio de 1995, aunque anteriormente se había fijado una duración de diez años, incurriendo en el defecto de petición de principio, haciendo supuesto de la cuestión.

RETRACTO.—NO EXISTE CUANDO SE TRATA DE LA TRANSMISION DE LA NUDA PROPIEDAD CON ASUNCION POR PARTE DEL NUDO PROPIETARIO DE LA OBLIGACION DE VIVIR EN COMPAÑIA DE LA USUFRUCTUARIA, YA QUE NO EXISTE EL PRECIO CIERTO Y DETERMINADO QUE EXIGEN TANTO EL CODIGO CIVIL COMO LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Ubeda estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. Fallecida la usufructuaria del local, la nuda propietaria requiere a los arrendatarios para que le entregaran el local arrendado, pretendiendo el retracto los arrendatarios. Hay que tener en cuenta que la LAU se refiere a «venta de vivienda», «compraventa», «vivienda vendida», en su artículo 25, y en el 47 se habla también de venta, diciendo que se ha de consignar en la escritura el precio señalado a cada vivienda. En el Código Civil, el artículo 1.521 se refiere a «compra o dación del pago», de todo ello se deduce que para la existencia de retracto ha de existir un precio cierto y determinado en dinero. Por ello no puede aceptarse que se pretenda por los arrendatarios un retracto legal frente al contrato celebrado por los demandados con su pariente, en que ésta transmite a la recurrente la nuda propiedad con asunción por parte de la cesionaria de la obligación de vivir en compañía de su tía, cuidándola y prestándole alimentos, con la extensión del artículo 142 del Código Civil, constituyendo un contrato aleatorio en el que muchas de las obligaciones asumidas son personalísimas y no son valorables cuantitativamente que se han impuesto *intuitu personae*. Tampoco se cumple que los retrayentes sean ocupantes del total de la casa a retraer. Cuando el arrendador enajenó una porción de finca mayor que la que el arrendatario tenía arrendada, no resulta posible el derecho de retracto, lo que se recoge en reiterada jurisprudencia de esta Sala. Si la venta es de la totalidad del inmueble y el recurrente sólo ocupa un piso o local, no procede el retracto.

SUBROGACION DEL INQUILINATO.—HAY QUE DISTINGUIR ENTRE EL DERECHO DE SUBROGACION, QUE NO ES DERECHO HEREDITARIO SINO UN BENEFICIO SUCESORIO Y LA EFECTIVA SUBROGACION EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: UNA VEZ EJERCITADO EL DERECHO DE SUBROGACION, EL NUEVO CONTRATO SE SUJETA A LAS DISPOSICIONES DEL REGIMEN DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 24 de Madrid estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. Según la sentencia recurrida, en el derecho de arrendamiento constituido por el padre se subrogó a su muerte su esposa y, al fallecimiento de ésta, su hijo, por lo que los derechos dimanantes de tal subrogación correspondían a aquél, puesto que era el único que podía continuar ocupando la vivienda, conservando tal naturaleza la compensación económica percibida por la resolución del arrendamiento, cantidad que invierten en la adquisición de un piso que tendrá carácter privativo. El derecho de subrogación no es derecho hereditario porque, en tal caso, la ley no podría disponer a favor de uno de los herederos, ni excluir de su derecho al cónyuge que no convivió, sino que había de atenerse al régimen de la herencia, sin que tenga facultad de disponer el causante. Pero, en realidad, hay que distinguir entre el derecho de subrogación y la efectiva subrogación en el contrato que genera un nuevo contrato. El derecho de subrogación es un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razón de interés social y no es derecho hereditario, siendo un derecho que nace y se agota con su ejercicio, de modo que no es susceptible de valoración económica con independencia de las ventajas que producen la posibilidad de obtener un arrendamiento de vivienda con renta baja. Una vez ejercitado el derecho de subrogación, el contrato se sujeta a la disciplina del régimen de gananciales, sin que pueda calificarse como adquisición a título gratuito, puesto que origina una contraprestación onerosa. El derecho de arrendamiento se adquiere en el momento en el que se convierte un contrato *ex novo* por subrogación, adquiriéndose a costa de los bienes comunes, tanto más cuanto que se trata de arrendamiento de vivienda, cuyos gastos son imputables al sostenimiento de la familia. Tal posición es acorde con la Ley de 1994, que determina que el desistimiento del contrato es un derecho que corresponde a ambos cónyuges. La referida norma es aplicable en el caso, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Transitoria 2.^a de la misma Ley (Contrato de vivienda celebrado con anterioridad al 9 de mayo de 1985). Los arrendamientos, celebrados antes de esa fecha, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continúan rigiéndose por las normas de la LAU de 1964 y serán aplicables a estos contratos, entre otros, el artículo 12 de la presente Ley.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

TESTAMENTO. FUNDACION. CAPACIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2001.)

La fundación testamentaria tiene capacidad para suceder antes de su constitución formal.

La testadora nombró heredera de determinados bienes, entre los que se encuentra la vivienda objeto de la litis, a la fundación piadosa instituida en

su testamento con el nombre de «Cerrada y Cao», la cual no se constituyó formalmente hasta algunos años después del fallecimiento de la testadora, durante cuyo tiempo estuvieron poseyendo la vivienda la hija de la testadora, a quien dejó el usufructo, y luego las nietas de ésta, carentes del título de su madre. Una vez construida canónicamente la Fundación, se adjudicó la vivienda a ésta por los albaceas.

El Abogado del Estado, en representación del Patrimonio del Estado, reivindica la vivienda como bien vacante, alegando que la fundación carecía de capacidad sucesoria. Por su parte, las hijas de la usufructuaria, nietas de la testadora, alegan que han adquirido la propiedad de la vivienda por usucapión, como poseedoras durante un período de tiempo de cincuenta años de buena fe y con justo título. Ambas pretensiones son desestimadas por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 35 de Madrid, y por la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de esta capital, declarando el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, no haber lugar al recurso de casación, pues el heredero final, en condición de titular dominical, es la Fundación, al ostentar dicha cualidad de heredero desde el momento del fallecimiento de la causante, aunque formalmente no estuviera constituida, pero sí *instituida* por la testadora, que la nominó y designó los bienes con los que pudiera desarrollar los cometidos encomendados.

El problema que presentan estas personas jurídicas, en situación de herencia deferida y no constituidas formalmente, encuentra solución en dotarlas de personalidad jurídica expectante desde el mismo momento de la muerte de la testadora, teniendo existencia legal, lo que conlleva ser reputados herederos, aunque más bien se trata de una personalidad condicionada a la preceptiva formalización, pero que no excluye que los bienes asignados carecieran de titular efectivo en el caso de autos, ya que corresponden a la Fundación demandada al resultar ser la heredera definitiva, pues el artículo 746 del Código Civil les reconoce capacidad para adquirir por testamento. Su constitución canónica y civil opera a los efectos de consolidar legalmente la personalidad con la que las dotó institucionalmente la testadora y de este modo poder llevar a cabo actos, con dotación de capacidad plena y, en este orden, una vez asistida la Fundación Cao Cerrado, de las formalidades legales que la hacían operativa en el tráfico jurídico es cuando pudo manifestar su decisión de aceptar expresamente la herencia, lo que tuvo lugar por medio de la escritura de 27 de abril de 1990, con anterioridad a que el Estado promoviese la demanda reivindicatoria que creó el pleito, jugando desde entonces su decisión de consolidarse como heredera, con la toma de la posesión del bien, lo que autoriza el artículo 993 del Código Civil, o la voluntad contraria de no hacerse cargo del mismo y no ser tenida como heredera, a efectos del cómputo del plazo prescriptivo.

El motivo se rechaza y lo que se deja expuesto pone de manifiesto que la casa litigiosa no se la puede reputar bien patrimonial vacante, sin dueño conocido, ya que éste resulta identificado y de la legítima pertenencia a la Fundación, que dispuso de la misma a título de dueño, al haber enajenado parte de las divisiones por consecuencia de la escritura de propiedad horizontal otorgada.

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2001.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que revocó la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 5 de Gijón, conforme a los siguientes fundamentos:

En el segundo motivo se aporta infracción de los artículos 662, 663-2, 666 y 695, en relación al 200 y 6-3, todos ellos del Código Civil, para lo que se busca apoyo en la sentencia del Juzgado, que estimó las pretensiones de las recurrentes.

Los hechos probados que acceden firmes vienen a ser: *a)* Don Aurelio Solar González ingresó en el Hospital de Cabueñas (Gijón), el 22 de junio de 1989, procedente del Hospital de Jove, para ser tratado de carcinoma renal; *b)* Con fecha 10 de agosto de 1989 fue trasladado al domicilio de la demandada, doña Honorina Álvarez Suárez, en estado terminal; *c)* El 14 de agosto de 1989, siendo de estado soltero, otorgó testamento en el domicilio referido, instituyendo heredera única y universal a la demandada, y *d)* El día 18 de agosto de 1989 falleció el causante de referencia, siendo la causa del óbito paro cardíaco-carcinoma renal.

El Tribunal de Instancia valoró la prueba pericial, que no fue emitida por especialista en psiquiatría, sino en medicina interna, el que no examinó directa y personalmente al testador, ya que la pericial se practicó con posterioridad a su muerte, sin que el médico hubiera tenido relación alguna con el mismo y más bien resulta explicativa de los informes y datos suministrados por los hospitales donde estuvo internado antes de su fallecimiento y así el perito no informa propiamente sino que «sospecha» que a los cuatro días de producirse el alta médica, cuando otorgó testamento, su estado general y mental no había mejorado, sin descartar que «tuviera algún momento de mayor lucidez» y también *supone* que, producida el alta, la insuficiencia renal crónica empeorase, con mayor acúmulo de sustancias tóxicas al cerebro, produciendo una encefalopatía urémica con obnubilación progresiva, estupor y muerte».

La sentencia recurrida sienta la conclusión de que la prueba pericial y conjunto probatorio, incluidos los informes hospitalarios, no resultaban suficientes ni estaban dotados de la contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad para testar y que a modo de declaración general contiene el artículo 662 del Código Civil, que ha de relacionarse con el 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio, y con el 664 que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200 (sentencia de 19-9-1998), es decir, no sólo a aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficiente y concluyentemente acreditada (sentencias de 26-9-1988; 22-6 y 26-12-1992; 10-2 y 8-6-1994; 27-11-1995 y 18-5-1998), por tratarse de presunción *iuris tantum* que se ajusta a la idea tradicional de *favor testamenti*, debiendo atenderse para apreciar la concurrencia de capacidad testadora al momento de otorgarse el testamento conforme al mandato del artículo 666.

La insania mental, dice la sentencia de 8-6-1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas, así como los datos hospitalarios. Los preceptos 662, 666-2.º y 666 no resultan infringidos.

En cuanto a la aseveración del Notario respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695 aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial, lo contrario (sentencias de 23 de marzo de 1994 y 27 de enero de 1998), pudiendo, al conformar presunción *iuris tantum*, ser combatida por prueba suficiente y eficiente (sentencia de 19 de septiembre de 1998, que cita las de 26-9-1988, 13-13-1990, 24-7-1995 y 27-11-1995); pruebas, que siendo de cuenta de las demandantes, no han aportado a los autos, llevando a cabo valoración propia e interesada, tanto de la prueba pericial como de la documental hospitalaria y de la testifical, lo que no procede al no haberse alegado en el motivo error de derecho, con cita obligada del precepto que lo apoye, según reiterada y conocida doctrina jurisprudencial.

El motivo se desestima.

El último motivo contiene infracción del artículo 695 en relación al 687 y 6-3 del Código Civil, sosteniendo que procedía ser declarado nulo el testamento controvertido, otorgado el 14 de agosto de 1989 y decretar la validez del anterior, de fecha 7 de marzo de 1985, en el que aparecen las recurrentes, sobrinas del testador, instituidas sus herederas únicas y universales por partes iguales.

La nulidad radical del testamento, que establece el referido artículo 687, exige que no se hayan observado las formalidades establecidas por el Código, actuando el artículo como regla general que impone tener en cuenta las reglas específicas de cada testamento para poder ser tenido instrumento transmisor de la última voluntad del causante, dotado de la necesaria eficacia jurídica.

La denuncia casacional de las recurrentes se refiere a que en el testamento discutido en el pleito hay dudas si lo firmó o no el otorgante, para lo que se apoya en la sentencia del Juzgado.

Dichas dudas no son tales y baste tener a la vista el documento en el que el Notario hace constar bien claramente en el cuerpo del clausulado que el otorgante no firma «por manifestar que aunque sabe no puede hacerlo debido a su enfermedad que le aqueja, por lo que firma por él y a su ruego, a la vez que lo hace por sí, el primero de los testigos, de lo que doy fe».

Tal manifestación notarial no queda desvirtuada en modo alguno por el hecho de que al final del documento se haga constar: «Siguen las firmas de don Avelino Solar González» y la de los testigos, ya que, evidentemente, y resulta fácil de entender, se está refiriendo a la firma que estampó el testigo instrumental por el otorgante, conforme autoriza el artículo 695 del Código Civil, vigente al tiempo de los hechos.

Comentario.—Reitera esta sentencia la doctrina jurisprudencial, según la cual la capacidad del testador afirmada por el Notario constituye una presunción *iuris tantum* que precisa ser combatida por prueba suficiente y eficiente, esto es, concluyente, sin que, a su vez, pueda desvirtuarse por presunciones e informes más o menos técnicos carentes de la necesaria presunción y rotundidad.

ALBACEAZGO. SUSTITUCION EJEMPLAR. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2001.)

El albacea y contador-partidor, nombrado con carácter universal por ambos cónyuges, está facultado para liquidar la sociedad de gananciales.

Basta que la declaración de incapacidad sea anterior a la efectividad de la sustitución.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

Primero.—Para entender el actual recurso es preciso hacer constar que don Victoriano Gómez Fernández demanda a su hermano, don Fernando Gómez Fernández, así como también a sus hermanos incapaces, don Abundio y don José Luis Gómez Fernández, en la persona de su tutor, y a los también Contadores-Partidores, don Valentín Martín Herrero y don Pedro Cuesta Ruiz, así como también a su hermano don Gregorio Gómez Fernández, hoy fallecido, solicitando, entre otras, que se declare que las operaciones particionales que se llevaron a cabo en su día como consecuencia del fallecimiento de sus padres, son nulas, y asimismo que las sustituciones ejemplares realizadas en su día por sus padres, en cuanto a los herederos y hermanos de mi representado don Abundio y don José Luis Gómez Fernández, son ineficaces e in-existentes en derecho.

El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-5 (*sic*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sin duda ha querido decir apartado 4 y así se considerará para los otros motivos—, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se han infringido los artículos 904 y 905 del Código Civil.

Este motivo debe ser desestimado.

Efectivamente, y acertadamente en la sentencia recurrida se dice que el actor, ahora recurrente, no ha probado como le incumbía, cuál era la fecha en el que se solicitó, en el acto de jurisdicción voluntaria correspondiente, la prórroga que puede conceder el Juez para continuar las funciones propias del albaceazgo. Pues como es lógico, la prórroga judicial deberá solicitarse antes de que se haya extinguido dicho albaceazgo por cumplimiento del período de tiempo inicial o, en su caso, de la primera o anteriores prórrogas.

En resumen, que el período a contar se deberá iniciar a partir del momento de la petición de prórroga del albaceazgo, y esa es la data inicial para ver si ha caducado o no el plazo para ejercer —en el presente caso— las funciones de albaceazgo en su faceta de contador-partidor.

Segundo.—El segundo motivo lo residencia la parte recurrente en el artículo 1.692-4, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 776 del Código Civil.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su precedente.

La tesis casacional de la parte recurrente parte de la base consistente en que, para que una persona por incapaz pueda ser sustituida testamentariamente, es preciso que esté, dicha incapacidad, declarada judicialmente.

Ello no es admisible, y así la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1956, específica de una manera muy concreta que «la declaración de incapacidad

del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución, porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad».

Esta sentencia rompe acertadamente el sesgo contrario que presentaba la anterior jurisprudencia (sentencias de 21 de abril de 1928, 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932), que no se encontraba dentro de una lógica actual.

En conclusión, que una declaración de incapacidad acordada judicialmente el 3 de febrero de 1989, no hace inexistentes, en derecho, unas sustituciones acordadas en testamentos de 30 de noviembre de 1979 y 15 de mayo de 1985, sobre todo cuando aquélla es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso.

Tercero.—El tercer y último motivo está basado por la parte recurrente en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 1.392 del Código Civil.

También este último motivo debe ser desestimado.

Este motivo carece absolutamente de fundamento, desde el instante mismo en que se ha desestimado el primer motivo.

Pero es que, además, en el presente caso ambos cónyuges, en sus respectivos testamentos, nombran un mismo albacea-partidor, con carácter universal, facultándolo de la más amplia forma y manera para partir la herencia, y de una manera obvia y en absoluta lógica, dentro de tales atribuciones, se debe encontrar la liquidación, por sí solo, de la sociedad de gananciales, constituida por ambos esposos, y así se constata en la disposición testamentaria que dice «que se faculta al albacea a realizar todo aquello que podría hacer por sí mismo la testadora».

Comentario.—Resulta evidente que viviendo uno de los cónyuges, el sobreviviente puede, con el albacea y contador partidor, liquidar la sociedad de gananciales sin precisar la intervención de los demás sucesores. Por lo mismo, fallecidos ambos cónyuges, el albacea y contador partidor común o los nombrados por cada uno de los cónyuges, pueden efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales como acto previo e indispensable para la partición.

Frente a la estricta exigencia de la previa declaración de incapacidad al testamento, el criterio más abierto, con apoyo en que el artículo 776 no exige expresamente que tal declaración sea anterior al testamento, se contenta con que la misma preceda a la efectividad de la sustitución. Ahora bien, ¿qué se entiende por *efectividad* de la sustitución? Una opinión sería la de que hay que atender el fallecimiento del testador, que es cuando se hace efectivo el testamento, y por consiguiente la cláusula ordenando la sustitución. Otra, la de que basta con que la declaración sea anterior a las operaciones particionales, solución que parece aceptar la sentencia al manifestar «sobre todo cuando aquélla —la sustitución— es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso».

FIDEICOMISO DE RESIDUO. DISTINCION ENTRE EL «SI ALIQUID SUPERERIT» Y EL DE «SI DE EO QUOD SUPERERIT». (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1 de dicha capital, conforme a los siguientes Fundamentos Jurídicos:

1.º) Es sabido que la naturaleza del llamado fideicomiso de residuo —intercalado en el testamento de la fiduciante antes transcrito de 14-11-84—, supone un encargo hereditario efectuado por la testadora a quien, como en el caso de autos, su esposo nombra heredero universal de todos sus bienes, «con facultad expresa de libre disposición tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*», añadiéndose que, «a la muerte de éste, los bienes de que éste no hubiera dispuesto recaerán en partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora —los hoy demandantes y recurrentes—; en consecuencia, es claro que se está en presencia de la modalidad de residuo acorde con *si aliquid supererit*, esto es, con el efecto transmisivo de «si algo queda», en clara contraposición con la otra especie inserta en la fórmula, igualmente de residuo, *de eo quod supererit* o transmisión sucesiva a favor de los afines a su cualidad de fideicomisarios sobre «de aquello que debe quedar». El mandato, pues, de aquel testamento, en el que el fiduciante actúa como árbitro del devenir sucesorio de sus bienes, determina el posibilismo transmisivo del fiduciario, y que, en el caso de autos, gozaba de un amplio poder dispositivo, no sólo por acto *inter vivos* sino *mortis causa*, y, como tal, luego otorga su testamento en 28-12-1994, instituyendo herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a favor de sus hermanas, disposición, pues, que está amparada en aquella autorización amplísima que, como afirma la jurisprudencia, mientras que la atinente a actos *inter vivos* sí lo es a título gratuito —se tiene también que admitir aunque con reservas— cuando lo es *mortis causa* debe constar de forma expresa, como manifiesta en su deseo último el fiduciante —sentencias de 2-12-1966 y 21-11-1956, entre otras—. Y con la mejor doctrina, si bien, alguna sentencia habla de que en ese fideicomiso, de una u otra especie, se incorpora una condicionalidad, ha de precisarse que en la especie del litigio «Si...» la misma sólo se refiere, no a los llamamientos, sino al alcance del residuo relicto en cuanto a su existencia o conjunto de bienes.

2.º) Es claro que en la disposición ulterior del heredero universal, además de fiduciario, en su testamento abierto de 28-12-94, actúa a tenor de lo autorizado por la fiduciante que le facultaba a esa disposición y que la concreta en citado acto de última voluntad comprensivo de la totalidad de su patrimonio relicto, a tenor del alcance amplio del testamento según el artículo 667 del Código Civil, sin que se comparta, como aspiran los motivos a que en ese relicto haya de distinguirse entre los bienes privativos y los del residuo, porque sobre ambos tenía facultades plenas el *de cuius*, los primeros, por propiedad exclusiva, y los segundos por deferimiento de su esposa y por no haber dispuesto en vida y poder hacerlo *mortis causa* (supuesto como se debe amparado en el art. 783, *in fine*).

3.º) Si bien, es cierto que a la muerte del fiduciario éste no había dispuesto de los bienes del residuo, luego puedo hacer, como hizo, su disposición *mortis causa*, por estar expresamente autorizado por su esposa la fiduciante (M. 3.º).

4.º) El planteamiento en el Motivo Cuarto, de cuál era la real intención o voluntad de la testadora fiduciante, es una circunstancia, si bien, presumiblemente cierta en el campo de la conjetura, es irrelevante en cuanto que ella plasma su voluntad al autorizar solamente a su esposo —fiduciario— para disponer por completo de los bienes del residuo.

5.º) Por la misma argumentación no es atendible la denuncia del Motivo Quinto, sobre que «es clara la voluntad de la testadora de instituir heredero a su esposo para que, tras su muerte, sobre los bienes no dispuestos pasaran a ser propiedad de los recurrentes, porque la autorización referida es incontestable y porque esa alegación más que nada incide en la especie de residuo no acaecible en autos, esto es, el atinente a la regla *de eo quod supererit*, en cuyo caso la conservación del patrimonio deferido es una obligación básica para luego transmitirlo a los sucesivos llamados, al quedar, por ello, inhabilitada la disposición *mortis causa*, por lo que, con el rechazo de los Motivos, se desestima la demanda con los demás efectos derivados.

Comentario.—El testamento de doña P. V. H., fiduciante dispone: «Instituye heredero universal a su esposo don V. G. en pleno dominio, con facultad de libre disposición, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Y a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiera dispuesto, recaerán por partes iguales entre los cuatro hermanos de la testadora (S., M., L., y R.) con sustitución vulgar igualmente en favor de sus descendientes respectivos y derecho de acrecer en su caso». Por su parte, el testamento del viudo establece: «Instituye herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, cualquiera que sea su naturaleza y procedencia, a sus dos hermanas E. y J. V. G., por partes iguales entre ellas».

La pretensión por la parte recurrente, sobrinos de la testadora fiduciante, de que al disponer el fiduciario autorizado en el testamento de aquélla de todos sus bienes indiscriminadamente, sin aludir expresamente a los bienes objeto de la fiducia, tal disposición no comprenda estos bienes, no puede mantenerse y carece de sólida base, teniendo en cuenta la dicción literal del fiduciario en su testamento al decir «cualquiera que sea su... procedencia».

SUCESION TESTADA. LEGITIMAS. USUFRUCTO UNIVERSAL VIDUAL. APLICACION DEL ARTICULO 820, NUMERO 3.º, DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001.)

La facultad alternativa del artículo 820, número 3.º, del Código Civil es aplicable aunque no se atribuya expresamente en el testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sección 4.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Bilbao, conforme a los siguientes Fundamentos de Derecho:

El fallecido don Leandro Sanz Gayán había otorgado, con anterioridad a su muerte, testamento notarial abierto, en el que legó a su esposa doña Felisa Gil Gutiérrez, el usufructo universal de su herencia, y a los hijos comunes doña María del Carmen y don Javier, los instituyó herederos en la nuda propiedad de la misma herencia. Nombró albacea a su esposa por el plazo legal con prórroga de treinta años, y contadores-partidores a los abogados que denominaba.

Doña M.^a del Carmen Sanz Gil demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a su madre doña Felisa y a su hermano don Javier. Suplicaba en su demanda sustancialmente la declaración de su derecho a participar en la legítima sin gravamen ni carga alguna; en la mejora, con el gravamen del usufructo; en el tercio de libre disposición en pleno dominio, por no estimar aplicable el artículo 820.3.º del Código Civil, al no haber otorgado de modo expreso el testador la facultad de optar.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, confirmando su sentencia en grado de apelación la Audiencia.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto la actora el recurso de casación.

El único motivo del recurso acusa a la sentencia recurrida de aplicación indebida de los artículos 820.3.º y 813, párrafo 2.º, todos del Código Civil. De su extensa fundamentación se deduce sustancialmente que lo pretendido por la recurrente es dejar incólumes sus derechos legitimarios, «renunciando a lo sumo a recibir la nuda propiedad de la parte de libre disposición», y que «en todo caso renunciará a su cuota de participación en la nuda propiedad de la porción de libre disposición». La exposición, más bien de naturaleza puramente doctrinal sobre la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima en relación con los artículos citados como infringidos, termina con unas páginas dedicadas a exponer la pasividad del albacea y contador-partidor nombrados por la testadora, pasividad en el desempeño de sus cometidos que perjudica a la recurrente como coheredera.

El motivo se desestima, pues contiene una absoluta variación de *causa petendi* de la demanda y de la súplica de la misma, constituyendo una cuestión nueva en casación, que esta Sala veda constantemente en defensa de los principios de audiencia y contradicción de parte, y por subvertir el orden procedimental, pues si se admitiera esa conducta, el litigio quedaría reducido a una única y definitiva instancia, precisamente ante el Tribunal Supremo.

En efecto, la recurrente instó en su día la ineficacia de la cláusula testamentaria de atribución al cónyuge viudo del usufructo de toda la herencia por oponerse a la intangibilidad de su cuota hereditaria en virtud del artículo 813, párrafo 2.º del Código Civil. Solicitaba por ello su participación en el tercio de legítima estricta sin ninguna carga, en el de mejora gravado con el usufructo legal en favor del cónyuge viudo y su participación con su hermano en pleno dominio en el tercio de libre disposición. Estimaba que el usufructo universal de su madre requería para su eficacia que el causante hubiese concedido de modo expreso a los legitimarios que habrían de soportar el gravamen de su legítima la facultad de optar por cumplir su disposición o ver reducida su participación en la herencia a lo que les correspondía por legítima. En suma, que la aplicación del artículo 820.3.º del Código Civil exige concesión expresa de esa facultad, de lo contrario la cláusula, estableciendo el usufructo universal, era nula por infringir el artículo 813, párrafo 2.º del Código Civil (folio 62 y 63 autos).

Ahora, en el recurso, la participación de la recurrente en el tercio de libre disposición desaparece, está dispuesta a que su parte en la nuda propiedad del mismo se considere renunciada con tal de recibir la legítima, tal y como dispone el citado artículo 813 del Código Civil, en suma, está optando por uno de los términos del dilema del artículo 820.3 del Código Civil (entrega al legatario de usufructo de la parte libre), y está admitiendo que este último precepto se aplica aunque no haya atribución expresa por el causante de la facultad de opción. Es claro que la recurrente ha construido un nuevo supuesto de hecho, sobre el cual no ha recaído decisión de los órganos de instancia.

Así las cosas, esta Sala no puede pronunciarse sobre una cuestión radicalmente nueva, que altera de raíz el planteamiento de la controversia, ni combatir de oficio las declaraciones y fallos de aquellos órganos, aunque sí puede aclarar que, de acuerdo con el fallo, la cláusula, estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene derecho a hacer la opción del artículo 820.3, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto últimamente citado se la otorga, no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta. Por otra parte, en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla.

En este litigio la recurrente ha creído nulo el usufructo porque el testador no le ha concedido expresamente la opción. Declarada la validez de la disposición testamentaria, ha de optar, y no lo puede hacer, como pretende, en un recurso de casación. Como dice acertadamente la sentencia recurrida, «no se puede acceder a las pretensiones de la legitimaria demandante y aplicar de oficio la cautela sociniana que la propia demandante niega sea virtual en su propia demanda, entrañaría incongruencia con sus pretensiones».

Comentario.—La solución dada en este litigio parece que choca frontalmente con la literal expresión «los herederos forzosos podrán...», que implica el que todos los herederos forzosos estén de acuerdo. A falta de acuerdo unánime, habría que distinguir: Si en el testamento se expresa que de no consentir el usufructo universal viudal, recibirá el viudo la parte de libre disposición (con o sin la conminación de quedar reducido el hijo disconforme a su legítima corta), no cabe duda que habrá de acatarse tal disposición. En otro caso, ante el silencio del testador, parece algo discutible una solución idéntica a la anterior. Y, en última instancia, parece que tal usufructo universal no podrá afectar al hijo disconforme. Pudiera también cuestionarse si en tal supuesto queda sin efecto el usufructo del tercio de mejora (que ya estaba embebido en el universal), toda vez que el 820-3.º se contenta con atribuir el usufructo universal o simplemente la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador, en este caso un tercio. Frente a ello cabe argumentar que el 820, aunque dentro de la sección que trata de las legítimas, no contempla expresamente el supuesto del cónyuge viudo, sino el establecido a favor de cualquier persona.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JUANA RUIZ JIMÉNEZ, LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DEL INEM CUANDO ACTUABA CON CARÁCTER PRIVATIVO. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.
(SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil.

Se interpone demanda en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia, número tres de Madrid, estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a), estimó en parte el recurso respecto de las costas procesales.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Con fecha 28 de julio de 1989, fallece el hijo de la actora cuando instalaba un aparato de aire acondicionado en un edificio donde se encontraba ubicada una sede del Instituto Nacional de Empleo (INEM), siendo una actuación de carácter privado.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se interpone sobre la base de los siguientes motivos:

El primero por la infracción de los artículos 1 y 3.*b*) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, en relación con el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en relación también con el artículo 139 y concordantes de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El motivo se desestima porque, aunque la interposición de la demanda es posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, «...tiene absoluta vigencia lo dispuesto en el párrafo 1 de la Disposición Transitoria de esta Ley, que dice que a los pronunciamientos ya indicados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. Y en este mismo sentido se pronuncia la Disposición Transitoria única del Reglamento de 4 de mayo de 1993, cuando afirma que los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, ya iniciados antes de la entrada en vigor de este Reglamento, se regirán asimismo por la normativa precedente. Todo lo cual deja sin efecto aplicativo a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 30/1992».

En el segundo motivo se considera que se ha infringido lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, motivo que es también desestimado porque, como se desprende del texto de la sentencia, se dan los requisitos necesarios de la responsabilidad extracontractual, ya que «...Del *factum* de la sentencia recurrida y después de una *hermeneusis* lógica y racional, se desprende que en el mismo concurre una omisión negligente —no tener en perfecto estado la toma de tierra y el interruptor diferencial instalado en el circuito eléctrico afectado—; un daño —la muerte del electricista que estaba instalando un sistema de refrigeración en el edificio propio del INEM—; y la necesaria causalidad

entre ambos elementos —ya que si no hubiera habido tal deficiencia no hubiera acaecido tan fatal desenlace—. Con lo que se dan absolutamente todos los requisitos que la doctrina de esta Sala exige para la plena vigencia de la responsabilidad extracontractual que tipifica el artículo 1.902 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: MEDICOS Y PERSONAL SANITARIO. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por negligencia. El Juzgado de Primera Instancia, número dos de Toledo, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.ª) estimó el recurso de apelación presentado por el demandante, condenando a la demandada y al INSALUD solidariamente al pago de 12.730.000 pesetas.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—El demandante fue intervenido quirúrgicamente de un tumor maligno el 29 de mayo de 1991. Como consecuencia de la operación y por prescripción médica se le tenía que administrar un tratamiento que entra en el campo de la quimioterapia. De suministrar dicho tratamiento se encargó la demandada, ya que tenía que ser administrado en vena y la duración era de unas tres horas. Por las características especiales del tratamiento, éste tenía que ser supervisado por la enfermera, necesitando por tanto una vigilancia cuasi-permanente, pues en estos tratamientos se pueden producir lesiones graves si se extravasa el líquido —como así ocurrió—, hecho que debía conocer la demandada por su condición de ATS.

Sin embargo, la enfermera pasó a atender a otros pacientes y sólo acudió a vigilar al hoy demandante al ser reclamada por la familia al observar que se le hinchaba la mano y sentía picor. Tras ser dado de alta, el paciente tuvo que ser ingresado en dos ocasiones por diversas necrosis de los tejidos y tendones de las manos, hasta el extremo que al actor le fue concedida la invalidez permanente.

Doctrina.—En el recurso de casación interpuesto por la codemandada, se alegan dos motivos: el primero por prescripción de la acción a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.968-2 del Código Civil, y el segundo por infracción del artículo 1.902 del citado Cuerpo Legal.

Ambos son rechazados, el primero con el siguiente argumento, al declarar que *«Dicha tesis no puede ser tenida en cuenta desde el instante mismo que las lesiones padecidas por la parte actora se concretaron con todas sus secuelas, el 22 de enero de 1993, fecha en que se declara por organismo oficial la incapacidad laboral (...) Y así se concreta en jurisprudencia pacífica y consolidada de esta Sala, cuando la misma dictamina que el día inicial debe estar marcado por el día en el que se supo exactamente las repercusiones definitivas de las lesiones padecidas»*. Este hecho tuvo lugar, como se desprende de los hechos de la demanda, en febrero de 1993, y la demanda se presentó en junio del mismo año, por lo que está dentro del plazo de un año que señala el artículo 1.968-2 del Código Civil.

El segundo motivo también es rechazado y considera la Sala que ha existido responsabilidad por la actuación negligente de la demandada, toda vez que *«es preciso proclamar la existencia de dicha negligencia, que está fuera de toda lex artis, y que supone una culpa incontestable que ha quedado plenamente constatada y que ha provocado directamente unas graves lesiones»*.

El segundo recurso presentado por el INSALUD, sobre la base de la infracción del artículo 1.903 del Código Civil, también es desestimado, ya que *«es conocida la doctrina jurisprudencial reiterada en numerosas sentencias que determina que cuando la demanda por negligencia sanitaria se dirige contra una entidad especializada, se establece una responsabilidad prácticamente objetiva, siempre que quede acreditada la culpa de algún profesional sanitario dependiente de la misma; lo que desemboca en la tesis de “conjunto de posibles deficiencias asistenciales” o de “defectuoso funcionamiento”, por todo lo cual se debe declarar la responsabilidad del centro sanitario —en este caso el Insalud— y que supone una perfecta aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, cuando establece la responsabilidad civil del empresario»*.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por el fallecimiento del hijo de los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia, número uno de Alcalá la Real, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.^ª), revoca en parte la sentencia y condena a la entidad demandada al pago de 8.000.000 de pesetas.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se produce el fallecimiento del hijo de los actores cuando estaba limpiando una máquina de clase «tornillo-sinfín» de transporte, produciéndose el desplome de la misma y alcanzando a la víctima que trabajaba como obrero de la empresa; se demostró que la máquina estaba basculada, en sentido contrario y por lo tanto forzada respecto de su posición normal.

Doctrina.—El único motivo del recurso de casación alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil. Antes de entrar en el análisis de los hechos y motivo del recurso, la Sala Primera del Tribunal Supremo hace un repaso sobre el contenido y la evolución del citado artículo al afirmar: *«Ante todo hay que decir que el artículo 1.902 del Código Civil, así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual —también “aquiliana”— (...) figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación; b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inver-*

*sión de la carga de la prueba. Pero es más dicha atenuación culpabilista e incluso de antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la culpa in vigilando y a un "plus" en la diligencia normalmente exigible». Se quiere poner de manifiesto que se ha ido evolucionando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hacia una objetivación de la responsabilidad, sobre todo porque ha habido que ir adecuando la norma a la sociedad del riesgo en la que vivimos, lo que no implica que se haya abandonado el criterio subjetivista, sino que se ha ido adaptando y objetivando en su aplicación. Así se pone de manifiesto en el contenido de las Leyes que regulan los distintos supuestos de responsabilidad dentro de la denominada *doctrina del riesgo*. Así, la Ley de 21 de julio de 1960, de la Navegación Aérea, o la Ley de 29 de abril de 1964, de Energía Nuclear.*

A pesar de ello, establece la Sala que se tienen que dar los requisitos necesarios para considerar que existe responsabilidad extracontractual, cuando afirma que «...*toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y también pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) la culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daños ha habido culpa, y d) un nexo causal entre el primer y segundo requisitos*». Requisitos que se ajustan perfectamente al caso enjuiciado.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INEXISTENCIA DE CULPA. CASO FORTUITO. INAPLICACION DE LA DOCTRINA DEL RIESGO. (SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por los daños causados como consecuencia de un incendio en estación ferroviaria.

El Juzgado de Primera Instancia, número cuatro de San Sebastián, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 2.^a) confirmó el fallo del Juzgado de Instancia.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se produjo un incendio en una estación de RENFE. El incendio fue provocado por la caída de un cable de alta tensión que cayó sobre las instalaciones de la estación, que se produjo por la sobrecarga en los árboles debido a las nevadas y heladas que habían tenido lugar en la provincia de Guipúzcoa.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC de 1889, alegando dos motivos. El primero de ellos infracción del artículo 1.105 del Código Civil, y el segundo la infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del mismo Cuerpo legal.

En el primero de los motivos afirma la parte recurrente que no se está en presencia de un caso fortuito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.105 del Código Civil, el Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que sí se puede calificar como caso fortuito, como así hace el Tribunal de Instancia

«...en cuanto que pueden ser previsibles accidentes de esta clase, y para su evitación se establece, en los terrenos de monte, una franja de seguridad consistente en el desmonte de las zonas próximas a la línea, que no consta que fuera incumplido por la entidad demandada, pero que en todo caso el cumplimiento de esta medida de seguridad haría el accidente en inevitable porque en este supuesto la fracción del árbol procedía de una unidad o pie situado en lugar alejado de esa franja, hecho este que hace inevitable el accidente y, por consiguiente, hay que estimarlo comprendido en el artículo 1.105 del Código Civil, y por tanto no se puede imputar los resultados dañosos a la propiedad de la línea, ya que los mismos, en forma alguna, han dependido de su voluntad negligente o culposa como pretende en este motivo la parte recurrente».

En el segundo motivo se consideran infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por no haber sido aplicados los mismos al caso además de la jurisprudencia de la Sala, que proclama que el mero cumplimiento de normas de carácter administrativo no exonera de la responsabilidad cuando son insuficientes. Es desestimado el motivo porque entiende la Sala *«que el accidente se ha producido con independencia de la conducta diligente de la empresa propietaria, debido a la confluencia, como se dice en la sentencia recurrida en el párrafo último in fine de su Fundamento de Derecho segundo, de factores extraordinarios de cuya incidencia devino el resultado en inevitable, al no existir medida preventiva alguna que pudiera adoptarse en un supuesto semejante».*

Se plantea además la aplicación de la doctrina del riesgo invocando la sentencia de la Sala de 20 de enero de 1992, por lo que ha de aplicarse un criterio de responsabilidad objetiva a un supuesto de alto riesgo como es el transporte de energía eléctrica. Se considera por la Sala que no *«se dan los elementos fácticos contemplados en la Resolución citada, en cuanto que el daño se ha ocasionado a una entidad industrial primordialmente beneficiaria de esa energía para la explotación de su lucrativo negocio, es decir, que el transporte se hace en provecho de la propia entidad que resultó perjudicada, en cuanto que en esa zona, el transporte ferroviario de mercancías y viajeros se hace mediante el empleo de esa energía como fuerza motriz, por tanto el riesgo se crea en beneficio de ambas entidades litigantes».*

Comentario.—Es cierto que al no haber una regulación en los escasos artículos que el Código Civil dedica a la responsabilidad extracontractual sobre caso fortuito y fuerza mayor, se aplica lo previsto en el artículo 1.105, es decir, se exonera de responsabilidad ante un suceso que no haya podido preverse, o que, previsto fuera inevitable. Pero, como afirma el profesor Lasarte: *«la consideración del artículo 1.105, a efectos de la calificación o caracterización del caso fortuito, por parte de la jurisprudencia no significa, sin embargo, una especial predisposición por parte del TS a excluir la relación de causalidad o establecer la falta de culpa del sujeto tendencialmente responsable (...). No es extraño, pues normalmente los pretendidos casos fortuitos alegados por los litigantes suelen ser eventos previsibles que no habrían originado daño alguno a tercero en caso de que el sujeto responsable hubiera demostrado la debida diligencia».*

Por otro lado, el hecho de que la empresa ferroviaria se beneficie de los servicios de la Compañía Eléctrica, en mi opinión no debería ser un supuesto de exoneración de responsabilidad, como manifiesta el Tribunal Supremo, si atendiésemos a esto todos los beneficiarios de servicios como tales serían

causa de exoneración de la responsabilidad. La Compañía Eléctrica debe prever las consecuencias y debe actuar poniendo las medidas de seguridad suficientes ante cualquier inclemencia del tiempo de carácter habitual, como es una nevada en esa zona.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NO PROCEDE. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por los daños causados como consecuencia de un incendio en estación ferroviaria.

El Juzgado de Primera Instancia, número sesenta de Madrid, estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) revocó el fallo del Juzgado de Instancia, desestimando la demanda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se produce el atropello de una menor por un tren cuando ésta cruzaba por el paso a nivel, estando en ese momento la semibarrera bajada y en pleno funcionamiento los dispositivos de aviso y seguridad impuestos por la legislación vigente.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en dos motivos, el segundo de ellos por inaplicación del artículo 1.902 del Código Civil. El motivo es desestimado, manifestando que «...es preciso determinar que la responsabilidad por riesgo, si así pudiera estimar por la existencia de un paso a nivel reglamentario, desaparece cuando el resultado lesivo se hubiera producido por descuido, yerro, omisión o falta de diligencia suficiente de la víctima. Doctrina aplicada expresamente en la sentencia de esta Sala, de 22 de septiembre de 1997, que recoge un suceso prácticamente igual al ahora contemplado».

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LESIONES SUFRIDAS EN FESTEJO TAURINO. LA ATRIBUCION DEL ACCIDENTE ES ATRIBUIBLE EXCLUSIVAMENTE A QUIENES CREARON EL RIESGO. RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Teófilo Ortega Torres.

El Juzgado de Primera Instancia, número cuatro de Avila, en sentencia de 13 de noviembre de 1995, estimó parcialmente la demanda sobre responsabilidad civil extracontractual o aquiliana interpuesta en nombre y representación de don Rafael M. F., contra don David de S. V. M. (empresario taurino), don Nicolás M.-G. (propietario de las reses) y el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Pinares para que, conjunta y solidariamente, abonon al actor la cantidad de 6.768.290 pesetas, que devengará los intereses establecidos en

la LEC desde la presente resolución a su completo pago, absolviendo a Nicolás M. G. de las pretensiones contra él deducidas, sin hacer expresa imposición de costas.

Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación, y la Audiencia Provincial de Avila, en sentencia de 3 de octubre de 1996, estimó parcialmente ambos recursos, revocando parcialmente la sentencia dictada el 13 de noviembre de 1995, en el sentido de reducir la indemnización a la suma de 3.384.145 pesetas, confirmando el resto de los pronunciamientos, sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales en ambas instancias.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por don Rafael M. F., sustituyendo la cantidad que debe abonarse al recurrente por la suma de 6.768.290 pesetas, manteniendo en todo lo demás la sentencia impugnada.

Hechos.—En la localidad de San Bartolomé de Pinares, con ocasión de celebrarse las fiestas patronales, se organizaron como venía siendo tradicional, dos becerradas y dos novilladas. Al ser trasladadas las reses bravas a una plaza portátil instalada por el Ayuntamiento por el medio del pueblo, se desmandaron dos de ellas, y al tratar de sujetarlas el actor, con ánimo de impedir la causación de males mayores al numeroso público circulante, sufrió una embestida, consecuencia de la cual cayó al suelo, lo que le produjo graves lesiones.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación interpuesto por el actor se funda en un solo motivo al amparo del número 5.º del artículo 1.692 LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Como norma infringida ha de citarse el artículo 1.902 del Código Civil, regulador de la culpa extracontractual.

La sentencia impugnada se funda esencialmente en que el demandante, al darse cuenta de que se había desmandado un cabestro, trató de recogerle para evitar un peligro público, adoptando una postura de solidaridad y prevención del riesgo en general, pero que incide directa y voluntariamente en la cadena causal, al intentar retener al animal, esa interferencia causal produce una concurrencia de culpas, de la que deriva una disminución de la cantidad indemnizatoria, argumentación a la que se opone el recurrente alegando que la Audiencia hace un reconocimiento de solidaridad, si bien lejos de premiar tal comportamiento, la Sala lo que hace es condenarlo, reduciendo la indemnización al 50 por 100, y que el actor asume un riesgo para evitar un riesgo mayor, ya que el hecho de que el ganado se desmandara tenía virtualidad suficiente para que se derivase una conducta lesiva, y si no hubiera intervenido el recurrente el cabestro hubiera cogido a una o varias personas, su actuación lo único que hizo fue desviar el resultado lesivo hacia su persona, evitando males ajenos y mayores.

El motivo se acoge ...al entender la Sala *«que le asiste la razón al recurrente, por cuanto: a) Ha de valorarse, en primer lugar, la evidente desproporción que se aprecia, desde la perspectiva de la causalidad, entre el acto antecedente del resultado dañoso y su origen, por una parte, y la intervención del señor M. para evitar las graves consecuencias, perfectamente previsibles, para las personas que se encontraban en lugares por donde habían de transitar los animales; b) Aquel acto antecedente (la orden de traslado creadora de un grave riesgo) ofrece virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia lógica el daño*

causado y excluye la imputación a quien, en definitiva, padeció las consecuencias del mismo, no ofreciendo duda que la situación fue provocada por el acto inicial; c) Respecto a la conducta del señor M., debe decirse que, si bien dio lugar a que él mismo fuera el lesionado, pues pudo eludir su intervención, no elimina que la producción del accidente sea atribuible exclusivamente a quienes crearon el riesgo, ya que sólo influyó ante la elevada probabilidad de que algunas personas fueran dañadas en la determinación del sujeto pasivo de la acción inicial; d) Aunque ha de reconocerse que la concurrencia de causas en la producción del daño permite una distribución proporcional —a efectos indemnizatorios—, en este sentido se refiere la sentencia impugnada a la “concurrencia de culpas”, sucede que, en este caso, la gran intensidad y relieve de la conducta de los agentes iniciales absorben cualquier otra concurrente, aunque sea más inmediata a la producción del daño, y e) Es inadmisibles la tesis de que quien encomiablemente y con riesgo personal trata de evitar graves consecuencias del hecho inicial, se sitúe en peor posición para ser indemnizado que cualquier otra persona que hubiera podido resultar lesionada con un alto grado de probabilidad».

Notas.—Otra vez más se producen graves lesiones con ocasión de un festejo taurino. En este caso, sin embargo, se dan unas peculiaridades que conviene destacar, si bien antes haremos un breve recordatorio sobre algunas sentencias que se han dictado con ocasión de este tipo de festejos. Existe un grupo de sentencias que establece la responsabilidad por riesgo cuando se han producido accidentes en los festejos de suelta de vaquillas, pese a que las personas hayan asumido el riesgo de participar en las fiestas (como, por ejemplo, en las sentencias de 8 de noviembre de 1990, 31 de diciembre de 1996), si bien es verdad que alguna sentencia se ha pronunciado en sentido contrario estableciendo que no hay responsabilidad por riesgo cuando la persona asume el riesgo y participa voluntariamente en este tipo de espectáculos.

Otras veces los accidentes se han producido al ser trasladadas las reses bravas dentro de la población, resultando perjudicadas personas que no han querido asumir ningún riesgo, simplemente eran vecinos de la localidad que desafortunadamente pasaban cuando las reses se han desmandado. En estos casos se ha considerado que tanto los Ayuntamientos como los organizadores asumían un riesgo y ha parecido razonable que soporten los perjuicios, pues han producido ellos la situación de peligro, al considerar que no es justo que quien no ha provocado el riesgo sufra el perjuicio (como, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1984, o la de 17 de mayo de 1994 y 3 de febrero de 1995).

El caso del que trata la sentencia también discurre al ser trasladadas las reses por el medio del pueblo lo que, evidentemente, es una acción que produce un riesgo y además esta acción produce graves daños al actor, pero se da una particularidad que incide en el nexo causal al producirse una interferencia en la cadena cuando interviene el actor para evitar un daño mayor, intentando coger las reses que se habían desmandado. Al asumir el actor ese riesgo voluntariamente cabe plantearse si hay una concurrencia de culpas.

El Tribunal Supremo considera que la gran entidad de la conducta de los agentes iniciales (el Ayuntamiento y los organizadores) absorben cualquier otra concurrente, aunque sea más inmediata en la producción del daño, y excluye la imputación a quien, en definitiva, padeció las consecuencias del mismo, no ofreciendo dudas de que la situación fue provocada por el acto

inicial. La intervención del actor influyó —ante la elevada probabilidad de que algunas personas fueran dañadas— en la determinación del sujeto pasivo de la acción inicial.

Todo ello hace que resulte inadmisibile que el actor se situé en peor posición para ser indemnizado que cualquier otra persona que hubiera podido resultar lesionado con alto grado de probabilidad. Actúa aplicando un criterio de justicia material.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. EXONERACION DE LA CULPA DEL ANESTESISTA ANTE LA COMPLICACION OPERATORIA SURGIDA. RECHAZO DE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DAÑOS DERIVADOS DE LA ANESTESIA. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

El Juzgado de Primera Instancia, número cinco de Valladolid, en sentencia de 9 de febrero de 1996, estimó parcialmente la demanda por daños y perjuicios interpuesta por don Juan Carlos F. T., contra don Antonio M.^a R. C. (anestésista), el INSALUD y el Fénix Español, condenando solidariamente a los demandados a pagar al actor la cantidad de 3.500.000 pesetas, absolviendo a la demandada doña Antonia C. C. (cirujana). Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.^a) dictó sentencia con fecha 6 de junio de 1996, estimando los recursos de apelación interpuestos por don Antonio M.^a R. C., el INSALUD y la adhesión al mismo por el Fénix Español, y desestimando la adhesión efectuada por don Juan Carlos F. T. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, revocamos dicha sentencia y desestimamos la demanda formulada por don Juan Carlos F. T. contra doña Antonia C. C., don Antonio M.^a R. C., el INSALUD y el Fénix Español, absolviendo de la demanda y de todos sus pedimentos a los demandados sin hacer especial declaración de costas en ambas instancias.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Un paciente de veinte años es sometido a una septoplastia el día 4 de julio de 1991 (intervención quirúrgica destinada a corregir una desviación del tabique nasal), durante la cual sufrió una hipoxia cerebral (falta momentánea de oxígeno), saliendo del quirófano en estado de coma profundo del que despertó al día siguiente. Siendo dado de alta el día 23 del mismo mes, su recuperación se prolongó hasta el mes de julio de 1994, incluyendo tratamiento por dos especialistas de neurología, después de lo cual sufre secuelas consistentes en una disminución de la capacidad de respuesta, desórdenes neurológicos episódicos con interferencia en la vida cotidiana y alteración en la utilización de la mano derecha.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se articula en dos motivos formulados al amparo del ordinal 4.^o del artículo 1.692 de la LEC y fundados en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que interpreta, precepto que en el motivo primero se pone en relación con el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal.

Antes de entrar en el examen del recurso, el Tribunal Supremo hace dos puntualizaciones: primera, que pese a que se articula en dos motivos el recurso, se compone de uno sólo, ya que el segundo es un pedimento para el caso de que esta Sala, por estimar el motivo, asumiera la instancia en los términos prevenidos en el artículo 1.715-3 de la LEC, y segunda, que la obligación reparadora, no sólo de la aseguradora sino también del INSALUD, se hace depender de la del anestesista, ya no se dirige al INSALUD ningún reproche sobre el mal estado o defecto del funcionamiento del instrumental empleados en la operación quirúrgica, ni tampoco el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El juicio de esta Sala sobre la posible infracción del artículo 1.902 pasa por *«declarar el acierto de la sentencia impugnada al rechazar cualquier tendencia objetivadora, incluida la inversión de la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad profesional del médico, pues tal rechazo es una constante en la jurisprudencia de esta Sala, bien es cierto que no sin ciertas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva»*.

Procede la desestimación del recurso porque la sentencia impugnada en modo alguno ha infringido el artículo 1.902 del Código Civil al enjuiciar la actuación del médico anestesista, la sentencia declara probado que el anestesista demandado no pudo apercibirse de la impermeabilidad de la sonda causada por la herniación del balón hasta que fue apercibido por los cirujanos, que el *«paciente estaba monitorizado, según los estándares normales, lo que dio lugar a que no saltaran las alarmas»*, ...que la obstrucción... podía pasar desapercibida, que por la índole de la intervención quirúrgica el anestesista no podía ver la cabeza del paciente, que la sonda había funcionado correctamente durante setenta minutos, siendo por tanto inadvertible cualquier posible defecto al comienzo de la intervención y, que una vez avisado por los cirujanos, el médico anestesista reaccionó de inmediato ejecutando la operación correcta en función de la complicación surgida, lo que determinó que las secuelas de la falta de oxígeno momentánea fueran de alcance mínimo.

Así las cosas, difícilmente puede apreciarse en el anestesista demandado culpa, pues si algo resulta evidente es que *tanto los cirujanos como el propio anestesista se ajustaron al patrón de conducta que jurídicamente les era exigible en el ejercicio de su profesión*. Cierto es que siempre cabe imaginar hipótesis de una posible detección del problema aún más temprana, como en general sucede con cualquier otra situación de riesgo, pero añadir a las precauciones normalizadas en un determinado ámbito otras más que sólo en pura hipótesis habrían podido evitar cualquier tipo de daño equivale en la práctica a desvirtuar el recto sentido del artículo 1.902 para, en definitiva, acabar transformándolo en un escueto y lacónico régimen de responsabilidad objetiva carente de los complementos que por regla general acompañan a las opciones legislativas por este tipo de régimen para determinados ámbitos, como pueden ser la concreción de supuestos, el límite de cuantías o el seguro obligatorio.

Notas.—En el presente caso se solicita la reparación del daño sufrido por el actor a consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a corregir una desviación del tabique nasal. La reclamación se centra en si la intervención del médico anestesista fue o no culposa, considerándose por el Tribunal Supremo que no existió culpa, ya que empleó las técnicas normales que se ajustan al patrón de conducta que normalmente es exigible en el ejercicio de

la profesión, por lo que sigue la doctrina constante de que la obligación del médico es una obligación en la que sólo se pueden garantizar las técnicas adecuadas, y en este caso el anestesista actuó correctamente para resolver la falta de oxigenación que se produjo en la intervención. Es decir, actuó de acuerdo a la *lex artis ad hoc*.

El anestesista cumplió con todos los requisitos que exige su actividad (evaluación preanestésica, perianestesia con presencia continua durante la intervención quirúrgica y permanente evaluación monitorizada y postanestesia mediante control del paciente en la unidad de recuperación).

Rechazándose la fundamentación de la sentencia apelada que condenaba al médico anestesista, aplicando erróneamente el principio de la inversión de la carga de la prueba, con lo que descarta la objetivación de la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad profesional del médico, bien es cierto que reconoce excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva.

Por otro lado, se puede afirmar que esta sentencia resulta especialmente interesante en cuanto se hace en ella un estudio de la jurisprudencia sobre daños derivados con la anestesia, así se recogen citando literalmente de las siguientes:

La sentencia de 4 de junio de 2001 (recurso 1071/96), que declara que la obligación del médico anestesista es de medios y no de resultado, de suerte que, pese a alguna sentencia aislada que interviene en su contra la carga de la prueba.

La sentencia de 12 de diciembre de 1998 (recurso 2094/97), resulta siempre exigible, como presupuesto indispensable de su obligación de indemnizar, la prueba de su culpa o negligencia.

La sentencia de 12 de febrero de 2001 (recurso 136/96), sobre un caso de coma anestésico por anoxia cerebral no detectada por el sistema de monitorización, confirma la absolución del anestesista y la condena del centro hospitalario, fundada en el defectuoso funcionamiento del monitor. En este caso se invierte, en cambio, la carga de la prueba en contra del anestesista, pero en virtud de un resultado desproporcionado (grave atrofia cerebral y estado de vida vegetativa).

La sentencia de 20 de julio de 2000 (recurso 2479/95), confirma la condena del centro hospitalario por secuelas derivadas de un tratamiento anestesiológico que no vino precedido de cultivos o análisis que hubieran permitido detectar la presencia de gérmenes en la sangre ni acompañado de las oportunas medidas de asepsia, por más que no fuera posible determinar qué médico concreto, de los varios que fueron asistiendo al paciente, había sido responsable de dichas omisiones.

La sentencia de 15 de julio de 1999 (recurso 3903/98), estimando el recurso de casación interpuesto por la parte actora en caso de anoxia de niño de siete años que sufrió secuelas irreversibles, condena al anestesista declarando que «la cuestión debe conducirse por ello al tema central, esto es, que la monitorización permitiera a un anestesista atento detectar, con suma rapidez, las anomalías del ritmo cardíaco, de manera que una intervención inmediata con los fármacos adecuados hubiera evitado la prolongación de la braquicardia y procurado la rápida reanimación».

La sentencia de 29 de julio de 1998 (recurso 1579/96), indica los patrones a que debe ajustarse la actuación del médico anestesista (evaluación preanes-

tésica, perianestesia con presencia continua durante la intervención quirúrgica y permanente evaluación monitorizada y postanestesia mediante control del paciente en la unidad de recuperación), confirmando en el caso la condena del demandado por haberse omitido las pruebas previas a la intervención y el adecuado control de las constantes vitales.

La sentencia de 9 de junio de 1998 (recurso 819/94), condena únicamente al servicio público, pero con base en el artículo 28 de LGCU.

La sentencia de 28 de junio de 1997 (recurso 580/97), sobre un caso de fallecimiento postoperatorio, reacción anafiláctica, confirma la condena de un cirujano por no haber informado al intensivista del historial alérgico del paciente.

Por último, la sentencia de 13 de octubre de 1995 (recurso 868/95), examina un caso complicado durante la intervención con falta de oxigenación cerebral durante tres o cuatro minutos, que se consideró adecuadamente resuelta por el anestesista pese a las gravísimas secuelas que le quedaron a la paciente, absolviéndose tanto a aquél, por no haberse acreditado su culpa o negligencia ni poder invertirse en su contra la carga de la prueba, como a la Administración Pública de la que dependía el centro hospitalario, por no haberse probado escasez de medios alguna.

Es una pena que el perjudicado no haya utilizado otras vías para reparar el daño, como dirigir la reclamación también frente al INSALUD y la compañía aseguradora, pues se debería de haber exigido responsabilidades por el funcionamiento anormal de la sonda, apoyándose la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o una reclamación de responsabilidad por productos defectuosos, apoyándose en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Aplicándose, en consecuencia, el sistema de responsabilidad objetiva en ambos casos, lo que hubiera dado lugar a la responsabilidad del INSALUD y posiblemente también a una responsabilidad del fabricante de la sonda por defecto de fabricación o diseño.

Conforme al artículo, apartado primero 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «...se ponderará de los daños originados en el correcto uso y consumo de los bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. 2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios».

Y conforme al artículo 3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos:

«1. Se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie...».

Es necesario recordar que la Disposición Final primera de esta Ley dispone que «los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsa-

bilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley».

De donde se deduce que los servicios sanitarios quedan incluidos en el ámbito de aplicación y se podría haber pedido la reparación del daño por el sistema de responsabilidad objetiva, contemplado en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA TEORÍA DEL RIESGO. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Novelda, en sentencia de 15 de marzo de 1996, desestimó íntegramente la demanda formulada por don Roque D. P. sobre reclamación de cantidad, absolviendo a la mercantil JOSE MARIA M. V. S. L. de todos los pedimentos con expresa imposición de costas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1.ª), en sentencia de 3 de diciembre de 1996, desestimó el recurso interpuesto por el demandado contra la dictada en primera instancia confirmando los pronunciamientos contenidos en el fallo de dicha Resolución, condenando a la recurrente al pago de las costas de esta alzada.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto.

Hechos.—Accidente de un trabajador en una cantera de mármol al desprenderse un bloque de mármol y golpearle, lo que le produjo lesiones con secuelas irreversibles que le impiden desempeñar su oficio de cantero.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se apoya en varios motivos de los que cabe destacar el primero, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por infracción de la jurisprudencia relativa al artículo 1.902 del Código Civil en concordancia con el artículo 1.903 del mismo texto legal.

Esta Sala no acepta las conclusiones jurídicas de la sentencia de apelación, y entiende que las declaraciones jurisprudenciales relativas a la inversión de la carga de la prueba y al acogimiento de la llamada teoría del riesgo son de aplicación al supuesto de autos: *«en la instancia no se ha tenido en cuenta la doctrina jurisprudencial concerniente a que en las actividades que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, no resulta suficiente la diligencia reglamentaria si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, y que el principio de la responsabilidad por riesgo, sin llegar a objetivar de una forma absoluta la responsabilidad de aquél a quien cabe atribuir la creación del mismo, le obliga a acreditar que había adoptado todas las medidas necesarias para evitar el siniestro (entre otras, SSTS de 20 de marzo de 1996, 8 de abril de 1996, 13 de julio de 1999).*

Con ocasión del evento, la demanda no ha demostrado una actuación acompañada de diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar, no es suficiente que cumpliera las prescripciones reglamentarias para exonerarla

de responsabilidad, toda vez que las garantías de esa naturaleza para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han producido un resultado positivo y revelan la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado, no ha probado que, ante una situación de riesgo acreditado, hubiera extremado su actividad de adopción de todas las precauciones, singularmente mediante los oportunos controles de comprobación por parte del estado de la parte delantera de la cantera... con la ejecución de las correspondientes medidas de seguridad con objeto de impedir desprendimientos o reducir su efecto perjudicial, para evitar así aquellas circunstancias a su alcance que llegaran a transformar el peligro potencial en daño efectivo.

La omisión de la referida diligencia preventiva provoca la declaración de culpabilidad de la entidad José María M. V. S. L.».

Notas.—La cuestión litigiosa se centra en sí, en relación con el accidente sufrido por el trabajador, la empresa había adoptado o no las medidas de seguridad correspondientes para evitar el evento.

En este caso, el Tribunal Supremo considera que se trata de un caso de responsabilidad por riesgo. La responsabilidad por riesgo tiene sus orígenes, precisamente, en el ámbito de los accidentes de trabajo, y se basa en que toda actividad que crea un riesgo y por la que se obtiene un beneficio económico, hace responsable a su autor del daño que ésta puede causar. La responsabilidad por riesgo tiende a soluciones cuasi objetivas y se caracteriza por la presunción de la culpa del agente, produciéndose una inversión de la carga de la prueba mediante la prueba de que obró con la diligencia debida, lo que en este caso no se ha conseguido.

Afirma el Alto Tribunal que no es suficiente que cumplieran las prescripciones reglamentarias para exonerarla de responsabilidad, toda vez que las garantías de esa naturaleza para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han producido un resultado positivo y revelan ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado era necesario que hubiera extremado su actividad de adopción de todas las precauciones, singularmente mediante los oportunos controles de comprobación por parte del estado de la parte delantera de la cantera con la ejecución de las correspondientes medidas de seguridad. Es decir, el cumplimiento de las formalidades reglamentarias no exonera de responsabilidad cuando la producción del daño ha revelado la ineficacia e insuficiencia del fin perseguido. Todo ello lleva a la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia condenando a la empresa a abonar al actor cuarenta y dos mil setenta euros con ochenta y cinco céntimos.

CULPA EXTRACONTRACUTAL. NO SE PRODUCE INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA DEMOSTRACION DEL HECHO DAÑOSO INCUMBE AL DEMANDANTE. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Bartolomé Pardo.

El Juzgado de Primera Instancia, número cinco de Algeciras, en sentencia de 8 de septiembre de 1994, estima parcialmente la demanda de doña Carmen G. R. sobre reclamación de cantidad por los daños sufridos, condenando a don Francisco Manuel S. L. a pagar a la actora los gastos e indemnizaciones

que se acrediten en la ejecución de la sentencia conforme a las bases señaladas en los considerandos y que sean consecuencia de la lesión sufrida el 29-7-92 en el tobillo, y sin expresa condena en costas.

La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3.ª), en sentencia de 22 de noviembre de 1996, ha lugar al recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida. Y con desestimación de las excepciones relativas a la legitimación pasiva del demandado, inadecuación del procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda y entrando a conocer el fondo del asunto, desestima la demanda promovida por doña Carmen G. R. contra don Francisco Manuel S. L., al que absolvemos de la reclamación que mediante dicha demanda se le dirige, condenando a la parte actora a pagar las costas de primera instancia, y no hacemos pronunciamiento sobre las causadas en este recurso.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Clienta que sufre una lesión en un tobillo cuando se hallaba en una discoteca de Tarifa.

Doctrina de la Sentencia.—El presente recurso consta de dos motivos, ambos con fundamento en el ordinal 1692 de la LEC. En el primero de ellos se alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia relativa al mismo, al considerar la demanda que la persona a quien se atribuye la autoría de los hechos causantes del daño a justificar, para ser exonerada, debe probar que en el ejercicio de su actividad obró con la diligencia precisa para evitarlo. A su vez, el segundo motivo incide en lo mismo al denunciar infracción por la sentencia recurrida del artículo 1.214 del Código Civil, por lo que ambos motivos se estudian conjuntamente.

Frente a esta argumentación desarrollada por la señora G., *«ha de resaltarse que en la sentencia de apelación se realiza una precisa distinción entre la causalidad interna del hecho productor del daño... y el mismo hecho y el nexo causal, que como elementos determinantes del nacimiento de responsabilidades han de ser probados por quien alega»*. La Audiencia Provincial procede a un determinado examen de las alegaciones realizadas por la actora en la demanda, señalando que no se ha acreditado que se hubiese presentado denuncia ni dado aviso ya a la Guardia Civil, ya a la Policía Local de Tarifa y que la aportación de documentos relativos a la asistencia médica dispensada en Palma de Mallorca *no se prueba que al borde de la pista existiese un hueco con el que la actora afirma haber tropezado, ...no ha sido probado ...el hecho fundamental que ha dado origen al daño sufrido, cuya demostración incumbe exclusivamente al que solicita su reparación y respecto al cual no puede reclamarse inversión alguna de la carga de la prueba. Esta solamente sería aplicable, una vez determinada la producción del evento, para imputar la causalidad al mismo a su autor, en tanto por el mismo no se demostrase que había actuado con toda la diligencia que aconsejaban las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar.*

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. ACCIDENTE FERROVIARIO. FALLECIMIENTO DE DOS PEATONES EN PASO A NIVEL. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia, número tres de Tolosa, en sentencia de 13 de noviembre de 1995, desestimó la excepción de falta de competencia alegada por RENFE y don Ramón M. C., entrando en el fondo de la demanda interpuesta por don Miguel B. G., doña Aránzazu y doña M.^a Amaya B. I., don Javier Z. I., doña Edurne y don Xavier, M. Z. I. contra RENFE y don Javier M., absolviendo a éstos de los pedimentos deducidos en su contra. Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 2.^a) dictó sentencia con fecha 3 de julio de 1996, revocando la misma en el sentido de condenar a RENFE y don Ramón M. C., a abonar conjunta y solidariamente a don Javier la suma de 3.000.000 de pesetas, y a cada hijo 1.000.000 de pesetas, y a don Manuel la suma de 3000.000 pesetas, y a cada hijo 1.000.000 de pesetas, todo ello sin expresa imposición de costas en ambas instancias.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Muerte de dos peatones (esposas y madres de los demandantes) al ser arrollados por un tren-tranvía de RENFE en un paso nivel.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se integró por diversos motivos, entre los que cabe destacar:

El último dedicado a aportar infracción de los artículos 1.902 y 1.903 en relación al 1.104 del Código Civil para combatir la condena dictada al sostener que medió culpa plena de las víctimas, excluyente de los que recurren.

Los hechos que la sentencia declara probados están conformados básicamente por la conducta negligente del conductor del tren, ya que conocía perfectamente, a fuerza de pasar por allí frecuentemente, que el lugar donde ocurrió el accidente, ubicado en núcleo urbano, era costumbre arraigada su utilización como paso por la gente, lo que en una elemental previsión, al margen de normas y reglamentos, le imponía necesariamente a circular con la adecuada precaución para poder frenar ante cualquier evento... y al no haber adoptado estas medidas que las circunstancias le imponían como elementales y no eran sorprendidas, sino suficientemente sabidas, por resultar reiteradas y notorias, acusan una desatención notoria en la conducción del convoy que, necesariamente, actúa como determinante.

Los pasos a nivel, sobre todo los instalados en las poblaciones, representan por sí un grave peligro que configura un riesgo permanente y mantenido, por lo que resulta no sólo loable, sino imperiosa, la política seguida para su total supresión. En este sentido, la doctrina de esta Sala censura el mantenimiento de este modo de practicar el paso por peatones de las vías férreas, ya que la realidad pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas reglamentarias sobre todo en los tiempos actuales, pues el riesgo resulta impuesto y se sostiene de modo constante, con efectos trágicos en la mayoría de los casos. Las empresas ferroviarias han de asumir de forma decidida la supresión de los pasos a nivel y emplear los medios adecuados y eficientes para ello, y en todo caso, como dice la sentencia de 20 de julio de 1994, están obligadas a justificar que en su actuación concurrió toda la prudencia y diligencia exigibles procura de evitar accidentes, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad semiobjetiva basada en el peligro instaurado, pues el riesgo de estos supuestos se presenta como muy intenso y del todo previsible.

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 23 de marzo de 1996 que la de 21-12-1992, al considerar que el accidente pudo ser evitado, tanto con la eliminación de lo que estructuralmente representaba situación peligrosa por sí, como por no haberse observado la prudencia exigible al maquinista, que entre las prevenciones necesarias no adoptó la de aminorar la velocidad del tren que conducía y de este modo no basta que se den las exigencias reglamentarias, sino que la conducta del agente ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que vienen impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar), concurrente en cada caso particular. En igual sentido se pronunció la de 8 de mayo de 1995, y la de 14 de junio de 1996 se refiere a la existencia de acceso a las vías de peatones no debidamente cerrado, como aquí ocurre.

Notas.—Nuevamente un trágico accidente se produce en un paso a nivel con el resultado de dos personas muertas. En este supuesto se reclama contra la RENFE y el conductor del tren-tranvía por la muerte de dos viajeros que cruzaban por el paso a nivel. Y se vuelven a levantar las voces contra la supresión de una vez por todas de los pasos a nivel. ¿No deberían mejor tomar medidas de seguridad y eliminarlos? Creemos que es necesario eliminar el permanente riesgo que suponen los pasos a nivel, pues es evidente que el cumplimiento de las medidas reglamentarias no es suficiente. ¿Sólo RENFE es responsable de su no eliminación? En el ámbito de accidentes ferroviarios suele establecerse últimamente por el Tribunal Supremo una línea semiobjetiva sobre responsabilidad por daños con ocasión de actividades generadoras de riesgo. En este caso se produce una concurrencia de culpas entre las fallecidas y el conductor del tren que no observó la diligencia exigible.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

RESPONSABILIDAD MEDICA.—CRITERIO DE IMPUTACION SUBJETIVA; DEBER DE INFORMACION Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN RELACION CON OPERACION DE MEDICINA VOLUNTARIA O NO CURATIVA (VASECTOMIA). EL DEBER DE INFORMACION INCUMBE AL MEDICO Y AL CENTRO HOSPITALARIO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Hechos.—Al demandante se le practicó una operación de *vasectomía*, tuvo complicaciones posteriores como consecuencia de un gran hematoma que le acarreó la pérdida por atrofia de uno de los testículos.

Alega la *falta absoluta de información previa* sobre las posibles complicaciones de la intervención y solicita una indemnización al Instituto Nacional de la Salud y al facultativo que le operó de forma solidaria de siete millones de pesetas por la secuela que sufre, las molestias y dolores padecidos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda e impuso las costas al actor.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia anterior.

El Tribunal Supremo revoca las anteriores sentencias estimando la demanda. No hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias y, respecto a las de casación, cada parte ha de satisfacer las suyas.

Entre las consideraciones que hace el Supremo conviene destacar la inadmisibilidad de la *falta de motivación* denunciada por entender que «es suficiente que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho, ajena a toda arbitrariedad», pese a que no se citen preceptos legales concretos ni se haga aplicación directa de las sentencias del Tribunal Supremo.

Entiende que no hubo *negligencia en la actuación médica*, ya que la existencia de un nexo causal entre la operación de vasectomía y el daño causado no es suficiente para sentar la responsabilidad médica, es precisa la culpa o negligencia, no bastando con que sea invocada, ha de probarse. Las complicaciones producidas por la operación son una consecuencia lógica de la misma por ser «previsibles» y «frecuentes».

El punto neurálgico de esta sentencia se centra en el hecho de no haber recibido *información* previa sobre las características, riesgo y posibles complicaciones de la intervención. Se infringió el *deber de información* que debe de incluir un diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento y que tiene una mayor relevancia en los supuestos de medicina voluntaria (no curativa) porque la libertad de elección del paciente es mucho mayor que cuando se trata de medicina curativa.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL.—MUERTE DE UNA PERSONA Y DAÑOS EN LA PROPIEDAD COMO CONSECUENCIA DE DESPLOME DE UNA PARED MEDIANERA. NEXO CAUSAL; CAUSA EFICIENTE OBRAS DE DEMOLICION DEL EDIFICIO CONTIGUO, ABANDONO DE LA PARED A LAS INCLEMENCIAS DEL TIEMPO SIN ADOPTAR MEDIDAS DE SEGURIDAD, CAUSALIDAD FISICA, CAUSALIDAD JURIDICA (REPROCHE OBJETIVO, JUICIO DE IMPUTACION) Y CULPA (REPROCHE SUBJETIVO). CRITERIOS DE IMPUTACION: POSICION DE GARANTE; AGRAVACION DEL RIESGO; AMBITO DE PROTECCION DE LA NORMA. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE DISTRIBUCION PROPORCIONAL DEL QUANTUM, EN FUNCION DE LA INFLUENCIA RESPECTIVA DE LAS CONDUCTAS CULPOSAS EN LA CAUSACION DEL DAÑO EN EL CASO DE CONCURRENCIA DE CAUSAS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Hechos.—El desplome de un muro y parte de una construcción en él apoyada, causó la muerte de la madre del actor y produjo daños en su propiedad, por lo que éste reclamaba casi diecisiete millones de pesetas al Ayuntamiento de Jaén, a G. y a H. por el fallecimiento y los daños materiales y morales causados.

H. pretendía construir en la zona y obtuvo la declaración de ruina de la finca s/n de su propiedad, ubicada entre los números 13 y 15 de la calle Q. Respecto de estas últimas decretó el Ayuntamiento que se llevasen a cabo las reparaciones necesarias a cargo de sus respectivos propietarios. H. adquiere la finca número 13, pero no consigue comprar la número 15 a su dueña, que se había opuesto a la declaración de ruina de su propiedad. H., a través de otra empresa, lleva a cabo la demolición de la construcción de que era titular. Entonces ya se advirtió que el muro colindante, de carácter medianero, estaba en muy malas condiciones. Su situación se agravó por estar a la intemperie.

La propietaria presentó un escrito al Ayuntamiento que dio lugar a un requerimiento de éste a H., para que procediera al tabicado y vallado, e intentó hacer por su cuenta alguna reparación, que resultó insuficiente. Entonces se desplomó la pared y arrastró una parte de la construcción existente en el número 15, ocasionando la muerte de su propietaria que se encontraba en el lugar, aunque no vivía ahí.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda respecto al Ayuntamiento y a G. Y la estimó en cuanto a H., condenándola a pagar la cantidad antes expresada.

La Audiencia Provincial redujo la condena de H. a casi ocho millones de pesetas.

El Tribunal Supremo mantiene el fallo de la Audiencia, excepto en la cuantía de la indemnización que eleva a quince millones de pesetas. Cada parte ha de satisfacer las costas causadas a su instancia en cuanto al recurso de casación.

Diversas causas contribuyeron a la producción del accidente: la supresión de la construcción lateral, el abandono del muro a lo largo de cuatro años, la supresión de la cubierta que había sobre el mismo, las inclemencias del tiempo, la no evacuación de las aguas de lluvia del solar colindante, además de tratarse de una construcción de mala calidad y carente de una conservación en condiciones.

Doctrina.—La pared tenía la condición de *medianera*, por eso la Audiencia modera la responsabilidad de la demanda en un 50 por 100 por considerar que ambos propietarios son responsables. El Supremo no acepta este razonamiento por entender que el desplome del muro se produjo como consecuencia de las citadas obras de demolición que suprimieron el apoyo lateral y la cubierta acarreado una agravación del riesgo. Debieron tomar las medidas precautorias oportunas para evitar los daños en los inmuebles vecinos.

Aún cuando no se menciona en la sentencia el artículo 576 del Código Civil, no cabe duda de que se trata de una aplicación del mismo que permite al propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera derribarlo, pero señala que deberá asumir las obras necesarias para evitar los daños que el derribo pudiera ocasionar en la pared medianera.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

BIBLIOGRAFIA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA

- CHECCHINI ROSELL: *Eficacia de las prohibiciones de disponer: Causa y Derechos de Terceros*, 2003.
- CLEMENTE MEORO, MARIO E.: *El acreedor de dominio*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- COBO PLANA, JUAN J.: *Doctrina Civil de la Audiencia Provincial de Madrid: En materias de difícil acceso a casación*, 1.ª ed., 2003.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, artículos 1 al 516, Aranzadi, 2001.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 2, artículos 517 al final, Aranzadi, 2001.
- CUADRADO PÉREZ: *El legado alternativo* (Colección Monografías de Derecho Civil sobre Derecho de Sucesiones), 2003.
- DELGADO DE MIGUEL, JUAN: *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, vol. 3: Obligaciones y contratos, 1.ª ed., 2003.
- ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.: *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coordinador): *Los menores en el Derecho español*, Tecnos.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente* (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), 2003.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO: *El fraude de la Ley en la Jurisprudencia*, 2003.
- OLIVA, ANDRÉS DE LA, y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, MIGUEL ANGEL: *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Introducción. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1996, 4.ª ed.
- *Derecho Procesal Civil*, vol. 2, Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995. 4.ª ed.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL: *Derecho Procesal Civil*, 3.ª ed., revisada, Aranzadi, 2002.
- *Derecho procesal: introducción*, Valencia, Punto y Coma, 2003.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, Gomares, 1999.
- ROSENBERG, LEO: *La carga de la prueba*, 2.ª ed., Montevideo, 2002. SANTOS BRIZ, y otros: *Tratado de Derecho Civil*, 6 tomos, junio de 2003.
- SOSA WAGNER, FRANCISCO: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., Aranzadi, 2003.

RECENSIONES BIBLIOGRAFICAS

MARTÍN LEÓN, A.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 411.

Con cierta expectación estaba esperando desde ya hace algún tiempo la publicación de una tesis doctoral, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, que fue defendida por A. MARTÍN LEÓN en la Universidad de Granada en la primavera del año 2000. Había perdido todo contacto con la tesis que tan cercana estaba a mí. Sabía que tenía buena tinta, pero que también era mejorable. Por eso, cuando dos años después me la encuentro en las librerías, tuve un enorme interés en leerla de nuevo. Pero antes de entrar en su lectura, quiero manifestar mi primera sorpresa —agradable— de que un tema tan clásico como es la donación por razón de matrimonio, se haya publicado por la editorial Aranzadi. Estoy seguro de que ha tenido que ver algo en esto mi buen compañero universitario, el Profesor ENRIQUE RUBIO TORRANO, miembro del Consejo de Redacción de esta importante editorial, cuya política editorial se centra, por norma general, en la promoción de obras jurídicas de alcance eminentemente práctico. Algún interés práctico tienen las donaciones por razón de matrimonio, no lo podemos negar, pero su verdadera importancia está en la historia de esta institución y, sobre todo, lo que desde el punto de vista dogmático ha significado para el Derecho español.

Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil es una obra que conozco muy de cerca desde cuando se empezó a elaborar por A. MARTÍN LEÓN. Esta proximidad me permite analizarla, y ahora, cuando han pasado dos años desde su lectura ante el Tribunal de tesis formado por los Profesores B. MORENO QUESADA, J. A. ANTONIO DORAL GARCÍA, J. A. TORRES LANA, R. DURÁN RIVACOBA y G. OROZCO PARDO, con mayor objetividad.

La obra se presenta como una monografía, cuando es, en realidad, una tesis doctoral. Es algo que se silencia en la edición. Al menos en la literatura jurídica extranjera este detalle se cuida con pulcritud, no sólo cuando la obra tiene su origen en una tesis sino también cuando es fruto de un trabajo de habilitación para acceder a una cátedra (así, por ejemplo, en las ediciones de obras jurídicas alemanas se es muy respetuoso con este mandato). Por eso, la ausencia de cualquier referencia a su tesis no me parece del todo acertado, sobre todo porque detrás de una tesis doctoral siempre hay una historia, a veces muy personal, que marca poderosamente su elaboración. Esto sucede también en la tesis de A. MARTÍN LEÓN. La elección de las donaciones por razón de matrimonio no responde a ninguna opción previa. Yo sé que no se encontraba muy cómodo con el tema que se le propuso —la prohibición de los contratos sucesorios—, en parte por su enorme complejidad histórica y también por su dificultad; después de indagar un tiempo sobre esta figura jurídica, en la que aparece la donación matrimonial de bienes futuros, optó por cambiar el tema de la tesis. Conociendo su personalidad, fue seguramente una buena decisión.

Estamos, en realidad, ante una tesis doctoral que apenas ha sido retocada por su autor. Las objeciones que se hicieron después de la defensa de la tesis, o no han sido estimadas como válidas por el autor, o simplemente no las ha tenido en cuenta. Parece más lo segundo que lo primero, como suele ser usual cuando se quiere publicar rápidamente la tesis. Sin embargo, el autor ha tardado dos años en publicarla (desconozco si esta tardanza se debe única-

mente a problemas de edición). La lógica y previsible revisión de la tesis con su *Doktervater*, que tanto la cuidó hasta su defensa, no se llevó a cabo.

Quien no conoce de cerca la tesis doctoral *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, puede llegar a conclusiones erróneas cuando lea la monografía. Un oportuno prólogo hubiera podido explicar ciertos aspectos de la tesis que, sin embargo, no han sido recogidos en la publicación. El autor también podría haber utilizado al menos un capítulo de introducción para ser más fiel a su propia obra.

Al lector le sorprenderá seguramente que el estudio se centre en las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil, omitiendo toda referencia a los derechos civiles autonómicos y al Derecho comparado. El autor quería limitarse al Derecho castellano, que tanta influencia ha ejercido en las donaciones por razón de matrimonio. Bajo ningún aspecto quería contaminarse por los derechos forales. Por estas razones, no se encuentra en la tesis ningún capítulo dedicado a las donaciones por razón de matrimonio en los derechos civiles autonómicos, y tampoco después en la publicación definitiva. Para no despistar al lector, el título no podía ser otro que *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*. Sin embargo, el autor tuvo en cuenta algunas regulaciones extranjeras que no se recogen en la monografía. Aunque no negamos la importancia que tiene el Derecho comparado, sobre todo ahora que se está hablando tanto del Derecho privado europeo, la delimitación de las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil español tiene su justificación. Precisamente, entre los textos legales extranjeros, es el Código Civil el que más ampliamente regula estas donaciones. Había, pues, razones suficientes para quedarse en el Código Civil. Aunque queda la sospecha de por qué los Códigos extranjeros apenas se ocupan de las donaciones por razón de matrimonio, cuando, sin embargo, el nuestro se ocupa de ellas tan extensamente. La respuesta reside en que las donaciones por razón de matrimonio constituyen, en realidad, donaciones ordinarias, si bien con algunas particularidades al constituir la celebración de un futuro matrimonio el presupuesto de estas donaciones. Lo que sucede es que en nuestro ordenamiento jurídico ha podido mucho más la historia.

La institución de las donaciones por razón de matrimonio es profundamente histórica. No se puede desligar el estudio de las donaciones por razón de matrimonio de la historia. Esto lo tenían muy claro el *Doktervater* y A. MARTÍN LEÓN. Sin embargo, la monografía comienza directamente con la configuración jurídica de estas donaciones, centrándose, en primer lugar, en su concepto. En esta materia, una investigación ahistórica hubiera sido un craso error, imperdonable, y, desde luego, nada científico. Sin embargo, sé, con absoluta certeza, que el estudio de las donaciones por razón de matrimonio no se hizo sin un acercamiento previo a la historia. Quien lea la monografía podrá descubrir que detrás de la obra aparece, efectivamente, una escenificación histórica de las donaciones por razón de matrimonio, sin la cual muchos de los argumentos que se esgrimen en ella no tendrían mucho sentido. Se eligió, para comprender mejor el significado histórico de las donaciones por razón de matrimonio, el proceso codificador, pero sin olvidar, sobre todo como punto de partida, las hondas raíces del Derecho castellano, tan presentes en esta institución.

Al civilista le cuesta trabajar con los instrumentos que ofrece la ciencia de la historia del Derecho. La labor investigadora en el campo de la historia jurídica de las instituciones la prefiere dejar a los historiadores del Derecho.

Desde luego, es mejor que el civilista no se ocupe de la historia si se limita a exponer los distintos momentos históricos por los que atraviesa una determinada institución. Para eso no hace falta ninguna introducción histórica, como suele, sin embargo, haber en muchas publicaciones. A. MARTÍN LEÓN era consciente de sus limitaciones en este campo y sus carencias estaban suplidas por algunas obras de carácter histórico sobre las donaciones por razón de matrimonio, publicadas con anterioridad (destacan, en particular, los estudios de NÚÑEZ PAZ, CÁRDENAS, COLLANTES, FONT RIUS). Sin embargo, consideró necesario estudiar al menos el proceso codificador, que al civilista le resulta mucho más cercano, sobre todo a partir de la importante labor investigadora que hizo en este campo LASSO GAITE. En nuestra historia jurídica la codificación es un proceso muy largo, que dura casi todo el siglo XIX. El primer intento de regular las donaciones con ocasión del matrimonio fue en el Proyecto de Código Civil de 1821. En el proyecto de 1836 se puede comprobar la enorme influencia que ejerció el Derecho castellano. El Derecho francés, tan presente en el Proyecto de GARCÍA GOYENA, no llega a arrinconar totalmente el Derecho castellano de las donaciones por razón de matrimonio, y alguna influencia ejercieron los Derechos forales. El Proyecto de 1861 marcó el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888. Pero éste también fue innovador. Según A. MARTÍN LEÓN, este Anteproyecto constituye un hito intermedio entre el Proyecto de 1851 y el Código Civil de 1889, que, a pesar de simplificar lo dispuesto por el primero, aún contiene una regulación de las donaciones por razón de matrimonio bastante más compleja que la realizada por el segundo. El Código Civil de 1889 constituye el primer eslabón de lo que van a ser, a partir de ahora, las donaciones por razón de matrimonio. La codificación de las donaciones por razón de matrimonio concluye con una simplificación en su régimen jurídico tanto del Derecho castellano como de los anteriores proyectos de Código Civil. Ello va a tener un efecto importante: la condensación del régimen jurídico de las donaciones por razón de matrimonio. No deja de ser una conclusión importante para comprender mejor la redacción de la reforma de 1981. Esta reforma, sin romper nunca con el Derecho castellano, vuelve a retocar la institución de las donaciones por razón de matrimonio, sobre todo para clarificar aspectos referentes a la forma, a la capacidad del menor para aceptar donaciones por razón de matrimonio y a las causas de extinción. Pero siguen existiendo algunos interrogantes sobre esta institución después de 1981. La historia de la codificación y de la recodificación de las donaciones por razón de matrimonio nos enseña algo importante: el legislador nunca se ha sentido muy cómodo con esta figura jurídica, quizá porque las reminiscencias históricas pesan demasiado. La dimensión histórica de las donaciones por razón de matrimonio ha podido siempre con la dimensión jurídica; es la historia la que ha marcado siempre la configuración jurídica de las donaciones por razón de matrimonio; sin ella no se puede comprender su complejidad jurídica, que es una complejidad más aparente que real, porque al fin y al cabo, la única y verdadera particularidad de estas donaciones es que se hacen en consideración a un futuro matrimonio. Esta idea de alguna manera está presente en la obra de A. MARTÍN LEÓN, pero cuesta trabajo llegar a ella si no se conoce la historia de su propia obra.

¿Qué añade el matrimonio a la donación? En realidad nada, a no ser que la donación se haga en consideración a un futuro matrimonio. Por el hecho de que una donación se haga en razón de un futuro matrimonio, ¿justifica ello un régimen jurídico especial? ¿Se trata verdaderamente de una donación

especial? Una parte importante de la monografía se dedica a desmenuzar, hasta el detalle mínimo, el régimen jurídico de las donaciones por razón de matrimonio. Pero el autor sabe, o debe saber, que las singularidades de las donaciones por razón de matrimonio son más aparentes que verdaderas, que muchas de las cuestiones que plantean las donaciones por razón de matrimonio encuentran solución en el régimen jurídico general de las donaciones, que, salvo la revocación de las donaciones por las causas previstas en el artículo 1.343, las demás normas del Código Civil sobran en realidad. Aun así, A. MARTÍN LEÓN realiza un enorme esfuerzo para adentrarse en el régimen jurídico especial, que sólo es presunto, realizando más la labor de un exegeta de las normas que la de un investigador que crea, construye y destruye al mismo tiempo para llegar a algo nuevo.

Donde no se desenvuelve bien el autor es en la primera y principal cuestión: ¿Qué añade el matrimonio a la donación? Muy rápidamente despacha la incidencia que tiene el futuro matrimonio en donación que se hace en consideración a él. El autor siempre se ha sentido incómodo en este tema. Los altos vuelos no parecen ser de su agrado. Prefiere ir a lo seguro, quedarse apegado a la norma, al puro positivismo, aunque la obra es también estructuralista y funcionalista —la donación por razón de matrimonio como estructura y como función—; de este modo, intenta esquivar temas de más hondura. En sólo nueve páginas (págs. 83-92) resuelve la *quaestio iuris* de lo que significa la subordinación de la donación al futuro matrimonio. Es, con toda seguridad, la parte más débil de la monografía. Ya lo fue en la tesis, y el autor no lo ha remediado tampoco ahora. En realidad, no discute ninguna de las teorías que intentan explicar el papel que ejerce el futuro matrimonio en la donación (matrimonio como causa, como *conditio facti*, como causa de revocación, como *conditio iuris*); no hay ningún debate científico; simplemente hace un buen resumen de las tesis que existen, para acogerse, finalmente, a una de las tesis: el matrimonio como *conditio iuris* o requisito de eficacia. Esto explica su dificultad para embestir correctamente la causa y el motivo o móvil causalizado para explicar la donación que se hace en consideración a un futuro matrimonio. Con un planteamiento quizá excesivamente pragmático opta por la tesis que más le conviene para explicar después las particularidades de las donaciones por razón de matrimonio. Al menos, el desarrollo posterior de la obra es bastante congruente con la doctrina dominante, y que sigue a rajatabla A. MARTÍN LEÓN, que ve en el matrimonio un requisito de eficacia de las donaciones nupciales. Pero esto no quita que la obra adolece de un déficit importante que debería haber resuelto el autor sobre todo en la publicación. En el capítulo anterior, donde el autor se plantea de si la donación por razón de matrimonio es una donación ordinaria o una donación especial (págs. 73-80), hay una afirmación suya que después no ha sabido desarrollar en el siguiente capítulo. A su juicio, el motivo *propter nuptias* no trastoca la donación por razón de matrimonio transformándola en un negocio distinto de la donación, sino sólo da lugar a que tal donación goce de algunos efectos especiales respecto de las liberalidades comunes y a que se deroguen algunas, muy pocas reglas de éstas (pág. 76).

Lo que debe quedar claro es que las donaciones de los artículos 1.336-1.343 del Código Civil están vinculadas directamente al matrimonio. Se hacen por razón de un futuro matrimonio, es decir, un matrimonio que se va a celebrar, pero no se hacen para que subsista el matrimonio. La donación por razón de matrimonio no puede convertirse en una especie de carga para el

matrimonio. Son sobre todo consideraciones históricas las que marcan el alcance que tiene la vinculación del matrimonio para la donación *propter nuptias*. En estas donaciones todo gira en torno al matrimonio. Su justificación residía, precisamente, en favorecer la celebración del matrimonio, asegurando, así, a los futuros contrayentes una base patrimonial, cuando las donaciones son realizadas por terceros. Eran una especie de seguro cuando uno de los futuros esposos beneficiaba al otro con una donación (también un buen anzuelo para obtener sus favores).

Por ello, uno de los artículos claves de las donaciones por razón de matrimonio constituye el artículo 1.342 del Código Civil. Entre todos los preceptos, es el que más marca estas donaciones. Si no se celebra el matrimonio en un año después de la donación hecha, la donación deja de producir los efectos pretendidos. Lo que antes era una causa de revocación, ahora es un supuesto de ineficacia. A esta conclusión hay que llegar forzosamente después de la Reforma de 1981. El autor defiende por ello también el carácter automático de la ineficacia, atendiendo a la literalidad de la norma y al cambio de redacción respecto del antiguo artículo 1.333.2, siguiendo, así, la voluntad del legislador.

Es muy característico del autor el enorme respeto que tiene siempre por la doctrina ajena, que casi siempre es la dominante, o por la voluntad del legislador, sin hacer incursiones propias. Esto se debe, en parte, a la propia personalidad del autor, pero también porque estamos en presencia de una tesis doctoral de tipo exegético. Esto se comprueba en seguida, leyendo el siguiente gran capítulo de la obra, el más importante, que comprende el régimen jurídico de las donaciones de matrimonio. A lo largo de casi doscientas páginas examina la aceptación de la donación por razón de matrimonio, la capacidad para hacer y para aceptar estas donaciones, la eficacia inmediata o diferida de las mismas, la atribución *pro indiviso* de los bienes donados conjuntamente, la responsabilidad del donante *propter nuptias* en caso de evicción o vicios ocultos en los bienes donados, la revocación de las donaciones por razón de matrimonio y, por último, su eventual colación y reducción en la sucesión por muerte. Es una parte muy técnica, donde el autor se «pega» a la letra de las normas —antiguas y nuevas—, a veces excesivamente, volando muy poco, pero ofreciendo un estudio muy exhaustivo, muy preciso, formalmente muy correcto, ocupándose de mil aspectos del régimen jurídico de las donaciones por razón de matrimonio. Es probablemente la parte más sólida de la obra y también la más útil para quien quiera acercarse a estas donaciones. Curiosamente, siendo fruto de una tesis, es, sin embargo, lo más cercano a un «tratado». Nada se escapa al autor, al menos ésta fue su pretensión en el estudio casi puntillista del régimen jurídico de las donaciones por razón de matrimonio. Para una recensión ofrece poco interés, pero para el estudio de las donaciones por razón de matrimonio, no cabe duda, constituye una herramienta importante.

Como una brisa, después de tanto tecnicismo, el lector se encuentra con una «valoración» que hace el autor de las donaciones por razón de matrimonio. En la actualidad, el matrimonio como institución está en crisis. También tiene otra significación el sustento patrimonial que ahora se necesita para crear una familia. Los cambios en la familia, sobre todo, sociológicos y económicos, inciden, negativamente, en la donación por razón de matrimonio en la medida en que el matrimonio constituye el presupuesto de esta donación. La importancia que en otros momentos de la historia ha podido tener la

donación por razón de matrimonio ha quedado, desde hace ya algún tiempo, minimizada en una sociedad en la que el matrimonio es, ante todo, un contrato y en la que las bases patrimoniales poco tienen que ver con la España del siglo XIX y de comienzos del siglo XX. Este otro enfoque hubiera dado lugar a otra tesis doctoral, a una tesis menos positivista. El autor ha preferido quedarse en el ámbito estrictamente jurídico. Es una opción como cualquier otra, pero quizá menos sugerente para la investigación en su sentido más puro. El autor, en este capítulo, que ocupa apenas veinte páginas, sólo ha testimoniado una realidad que no podía negar.

La obra termina con un capítulo sobre la donación matrimonial de bienes futuros. Este estudio era necesario si se tiene en cuenta que la obra se refiere, con carácter general, a las donaciones por razón de matrimonio. Como en otros preceptos del Código Civil reguladores de la donación por razón de matrimonio, también aquí el artículo 1.341 arrastra toda una historia difícil de comprender si no se conocen las raíces de la donación de bienes futuros por razón de matrimonio. Es un precepto extraño que rompe con el sistema general de la sucesión por muerte, y que está ahí sólo por el peso de la historia. El autor prefiere, como en otras partes de la obra, quedarse detrás del telón, para que otros, más protagonistas, hablen de esta donación, sobre todo cuando toca el tema de la naturaleza jurídica; sólo, al final, sale al escenario para decir lo que considera válido, repitiendo más que pensando, afirma que es una donación *mortis causa sui generis* y de carácter irrevocable.

En la obra, el autor silencia dos temas que fueron objeto de tratamiento de la tesis. Por una parte, las donaciones hechas a los cónyuges durante su matrimonio. Por otra, las cesiones gratuitas del uso de viviendas efectuadas por familiares de alguno de los esposos, con especial referencia a las crisis matrimoniales. Estas otras atribuciones gratuitas en razón del matrimonio quizá sean tratadas nuevamente por el autor en algún artículo doctrinal. En cuanto a las primeras atribuciones, sólo señalar que puede ser de mucho interés conocer la doctrina alemana, y sobre todo la praxis notarial del país teutónico. A estos efectos, puede ser de interés, el trabajo de HEINLE, «Zwanzig Jahre, unbenannte Zuwendung», *FamRZ*, 1992, pág. 1256 y sigs. En la atribución condicionada al matrimonio, también llamada atribución innominada, que se hace entre los cónyuges, el matrimonio constituye su razón de ser o su base. Fue formulada por LIEB, en *Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichen Güterstand*, 1970. Por lo que respecta a las segundas atribuciones, se trata de un tema eminentemente judicial, del que yo mismo me he tenido que ocupar en mi labor de juzgador.

Sin embargo, en la obra se silencia algo importante, sobre todo para el investigador. Una de las principales conclusiones, analizadas y compartidas con su *Doktervater*, es que la mayoría de las normas de las donaciones por razón de matrimonio no tienen hoy justificación. El lector atento podrá llegar a la misma conclusión, esto es, que del estudio se puede desprender que las donaciones por razón de matrimonio son donaciones ordinarias con algunos, cada vez menos, efectos especiales. Incluso algunas normas realmente especiales, como el artículo 1.343, están dejando de tener sentido. La objetivación judicial de las causas subjetivas de la separación y del divorcio del matrimonio, aunque sea *contra legem*, hace virtualmente inaplicable el artículo 1.343. Las donaciones por razón de matrimonio son donaciones ordinarias por su estructura, por su causa y por su carácter gratuito. Algunas de sus normas

rinden homenaje a la tradición jurídica castellana cuando las circunstancias sociales actuales son muy diferentes. Otras normas resultan forzadas, y otras son muy criticables después de veinte años de vigencia de la Reforma de 1981. En realidad, es tan escueto el régimen específico de las donaciones por razón de matrimonio, que lo más coherente habría sido proceder, como en el Código Civil italiano, antiguo y nuevo, incluir entre las normas de la donación algunos artículos específicos de estas donaciones. Estas consideraciones, y otras, las debería haber reflejado el autor en su obra, para ser más fiel a ella, y ser, así, coherente con el planteamiento inicial de su tesis, al menos en una introducción, que ahora presenta, como monografía, al estudioso del Derecho.

El lector de esta recensión quizá comprenda ahora mejor la obra de A. MARTÍN LEÓN, y también el por qué de la recensión a ella. Usted, lector, tan acostumbrado al refranero español, recuerda seguramente el dicho: *Es de buen nacido, ser agradecido*. En definitiva, esta recensión, o quizá «autorecensión», responde a un modo de hacer universitario, que debe ser de colaboración, pero que no siempre se encuentra en los lugares que llamamos de investigación.

K. J. ALBIEZ DOHRMANN

GALICIA AIZPURUA, GORKA H.: *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizcaia*, Madrid, 2002, 518 págs. Editorial Marcial Pons.

1. PRESENTACION DEL LIBRO

La troncalidad es hoy en día un tema estrella de los Derechos navarro, vizcaíno y aragonés. Es una de las instituciones definitivas del sistema sucesorio foral, como contrapuesto al sistema sucesorio igualitario y por cabezas del Código Civil. El libro que comento se puede encuadrar en un proyecto de escuela, en el seno del Departamento de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco, que ha producido excelentes monografías de Derecho Foral del País Vasco, del que la del Doctor GALICIA es un hito significativo. El libro, como los de sus compañeros de escuela, tiene un particular cuidado en discurrir por principios de estricta técnica jurídica, sin concesión alguna a modas o tendencias políticas o ideológicas, que ni siquiera se llegan a oler debajo del interlineado. Me honro, en consecuencia, en recensionar un libro de un autor prestigioso por los diversos premios recibidos, y en particular por el premio Sancho Rebullida, justamente concedido a la mejor tesis doctoral española de Derecho Civil del año, también merece ser alabado por el prestigio y el cuidado que se adivina en el director del trabajo.

Sin embargo, tras manifestar y reconocer la importancia del trabajo y la categoría de su autor y director, no puedo dejar de señalar algún punto crítico. Lo primero que me llama la atención del libro es que el título no responde a su contenido. El libro no estudia la legítima y la troncalidad, ni hace un discurso dogmático sobre ambas instituciones. El libro trata «sólo» del sistema sucesorio forzoso vizcaíno, e incidentalmente aparecen referidas la legítima y la troncalidad como dogmática jurídica. El protagonista del libro es entonces la troncalidad en la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, al que el libro, sin perjuicio de algunas críticas puntuales, se

esfuerzo en prestar sentido y coherencia. Pero es que como el autor confiesa y tiene presente en todo momento, la troncalidad en Vizcaya se enfrenta a dificultades notables de intelección y aplicación.

En efecto, la troncalidad parece una institución en cierta medida contradictoria con la legítima, en particular con la legítima del cónyuge viudo, no es nada fácil de coordinar con las distintas reservas y derecho de reversión que regula el mismo texto legislativo para la sucesión en el País Vasco, y debo añadir que el sistema sucesorio desarrollado por la Ley 3/1992, me parece extraordinariamente complejo, y desde luego a la troncalidad le falta el apoyo y arraigo sociológico que representa la familia tradicional vizcaína y el antiguo caserío vasco, como modelo de producción, que es sin duda en lo que se inspira, y además tampoco sobrevive en nuestros días el parentesco unido y coherente que la troncalidad presupone.

Pero el autor, más allá del rigor técnico, parece dejarse llevar por aspectos románticos del tema. La troncalidad, según el libro que comento, la encontramos perfilada ya en el Fuero Viejo de Vizcaya, tiene el sentido de evitar que pase a «manos extrañas», lo que ha sido forjado por los miembros de una familia, y ha surgido como institución jurídica porque en la pobreza, los vizcaínos de la tierra llana supieron mantener la identidad de sus lazos familiares a pesar de la pujanza del derecho real que se aplicaba a las villas. El autor nos reconoce que los textos históricos sobre troncalidad en el Derecho histórico vizcaíno sólo contemplan aspectos puntuales y singulares de la troncalidad, y no llegan a perfilar una institución coherente. Con gran pulcritud nos expone entonces los textos históricos vascos, textos coetáneos, y las fuentes doctrinales sobre el tema. Los Fueros Viejo y Nuevo de Vizcaya no nos permiten comprender el sentido de la troncalidad de modo unívoco, descubrimos por el libro que no ha habido tampoco un gran debate doctrinal y dogmático en Vizcaya sobre el tema, ni una preocupación política o ideológica específica. Los primeros asideros firmes y coherentes sobre troncalidad que encontramos como antecedentes a la actual regulación son la jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo y la Compilación de 1956, que el autor estudia en detalle.

2. EL CONCEPTO DE ABOLENGO

La troncalidad en la línea descendiente no ofrece al autor demasiados problemas. Para el autor significa una vinculación de la propiedad raíz a la familia; *inter vivos* justifica el retracto familiar de los bienes raíces, e impone vincular *mortis causa* a los hijos y descendientes todos los bienes raíces (heredados o adquiridos), pudiendo el causante elegir el sucesor que estime pertinente y apartar a los no designados.

El autor confiesa que la dificultad es definir y delimitar la sucesión forzosa en la línea colateral, a falta de descendientes (y desde el Fuero Nuevo también a falta de ascendientes). Para eso el autor nos ofrece un ensayo de interpretación del régimen histórico de la sucesión forzosa en el Derecho de Vizcaya a través del concepto de abolengo. El abolengo significa que en la línea colateral sólo se vinculan los inmuebles, que recibidos de un ascendiente o colateral hubiesen en su día detentado los padres y abuelos del causante (en definitiva, son de abolengo porque fueron de los abuelos o hasta los abuelos), y no están en consecuencia vinculados a una sucesión forzosa en la línea

colateral los bienes raíces adquiridos *ex novo* por el causante y no recibidos de padres o abuelos, y la troncalidad se limita a dicho abolengo, no a bienes recibidos de (o que hubiesen detentado) otros ascendientes o colaterales. Además el abolengo se emplea como concepto para determinar los beneficiarios de la sucesión forzosa en la línea colateral, es decir, sólo pueden ser beneficiarios aquellos que tuviesen un ascendiente común con el causante (padre o abuelo), lo que limita el círculo de los beneficiarios de la sucesión forzosa al cuarto grado de parentesco (en cómputo civil). Dentro de ese reducido círculo de beneficiarios, el autor señala que el causante podrá escoger a quien tenga por conveniente. Para el autor, los conceptos de línea y troncalidad serían ajenos a la tradición vizcaína y se introducirían en el XIX en la interpretación jurisprudencial de la institución, siendo recogidos en la Compilación de 1959.

Para edificar este criterio metodológico fundamental, el autor parte del empleo del sentido literal del término abolengo en diversos textos históricos forales vizcaínos, de la comparación con otros textos forales coetáneos, en particular el Derecho Foral de Navarra, la analogía con el régimen del retracto gentilicio y la propia necesidad de encontrar coherencia a una institución de imprecisos principios. El abolengo se convierte así en la auténtica alma del libro y su aportación más original. Primero presta coherencia histórica a una institución vizcaína de orígenes imprecisos, de alcance discutible, de aplicación problemática en los tiempos modernos y que no se presenta en los textos históricos de modo coherente. Y además esta nueva visión de la troncalidad es muy lógica y razonable, porque hace de la troncalidad una institución de defensa de los lazos familiares, entendida la familia como un parentesco de cercanía y conocimiento, una familia de sangre y proximidad a la tierra, y delimita la familia y la vinculación de los inmuebles en el límite dogmático del cuarto grado de la línea colateral. Con esta arma metodológica encara con gran sentido la interpretación de los textos históricos y de la Ley 3/1992, y deslinda la naturaleza y los conflictos de la sucesión forzosa en un brillante capítulo V dedicado a la naturaleza de la sucesión forzosa vizcaína. En definitiva, gracias al abolengo y en una interpretación generosa y posibilista de textos históricos y legislativos, la sucesión forzosa se coordina con la legítima, los derechos sucesorios del cónyuge viudo y las demás reservas sucesorias previstas en la Ley Foral, y llega a convivir también en armonía con «los extraños», esto es, resuelve con criterio las difíciles cuestiones que se plantean cuando la troncalidad se enfrenta a «cuestiones de extranjería» y son extraños a bienes raíces sitos en la tierra llana los causantes de una sucesión forzosa o los llamados a la misma.

El autor es el principal crítico de su propia dogmática al señalar que su obra es un ejercicio de búsqueda de coherencia a lo que carece de ella en las fuentes, pues reconoce que en ningún texto histórico se ha dado al abolengo un sentido preciso como el que pretende encontrar en los textos vizcaínos y coetáneos. A mí me parece que además la troncalidad perfilada en el libro es una troncalidad sin «raíces»: en primer lugar sin religión, que define una sucesión legítima preferente, en segundo lugar sin reino (que define un linaje), y en tercer lugar sin integrarse en un sistema sucesorio, que le dé coherencia. Su planteamiento, a mi parecer en este punto, presenta incoherencias sistemáticas notorias: se contradice con el régimen de la responsabilidad hereditaria; se olvida la relación decisiva entre troncalidad e indivisibilidad del caudal hereditario, que aparece en numerosos textos históricos;

el autor sólo hace alguna referencia incidental al tema, así por ejemplo (pág. 87), cuando para justificar la exclusión del derecho de representación hace del llamamiento hereditario un llamamiento colectivo, lo justifica en la natural indivisibilidad de la sucesión en los bienes troncales; tampoco se encuentra una relación precisa entre sucesión troncal y sucesión contractual, cuestión que sólo aparece muy incidentalmente cuando habla del apartamiento de los sucesores forzosos no beneficiarios, es decir, cuando el autor se inventa también la libertad de distribuir entre los sucesores necesarios en el Derecho «clásico» vizcaíno. Esta troncalidad, basada sólo en el concepto de abolengo, pudiera convertirse en un diletante ejercicio intelectual a la búsqueda de una identidad diferenciada para el derecho familiar y sucesorio vizcaíno. En definitiva, a mi parecer el principal escollo de su trabajo es que ha leído la historia con ojos de quien necesita prestar sentido y coherencia a la regulación de la Ley 3/1992, inventa para ello un nuevo concepto de la familia y la propiedad troncal ligada al «abolengo», al que quiere otorgar pedigrí histórico, leyendo las fuentes a su modo, y se inventa también todo un Derecho autóctono de Vizcaya que quizá nunca ha existido. Pero veámoslo más en detalle.

3. EL FUERO VIEJO DE VIZCAYA

Un principio metodológico parece haber iluminado al autor ante la singularidad y reconocida falta de coherencia de los textos históricos vizcaínos, que es la continua referencia a las fuentes del Derecho Foral de otros territorios históricos, y en particular al Fuero General de Navarra, al que llama texto coetáneo al Fuero Viejo de Vizcaya (véase nota 98 del Capítulo I). Fuero de Navarra que el autor interpreta a su gusto, como origen preciso del abolengo. Desconociendo lo que, a mi juicio, es una evidencia: que en Navarra la troncalidad está ligada al régimen de sucesión del reino de Navarra y a todo un sistema sucesorio familiar desde un concepto bien definido de la familia, distinto al de la identificación con los bienes recibidos del abuelo. El Fuero General de Navarra organiza la fehaciencia y el protocolo del reino de Navarra y desarrolla un sistema penal y procesal propio y no se puede asimilar en nada al Fuero Viejo de Vizcaya, que tiene los caracteres de un fuero personal o local, y que al parecer se liga a la familia del Fuero de Logroño. A mi parecer el abuelo, el abolengo, referido solo incidentalmente en el FGN, es sólo la concreción de algo más importante, la personación conocida de un linaje que determina el sentido del propio derecho de troncalidad.

Tampoco me parece que pueda asimilarse incondicionalmente troncalidad y retracto gentilicio. Me parece que en ello hay una simplificación de la troncalidad al cuarto grado y a la cercanía del parentesco que sirve a los fines del autor. La troncalidad, por el contrario, a mi parecer, está ligada al misterio de los orígenes de la propiedad, lo que es inseparable de la justificación del sistema y de la identificación del orden y preferencia de los llamamientos sucesorios, mientras que el retracto gentilicio cumple una finalidad patrimonial y familiar mucho más precisa y limitada, ligada a la convivencia efectiva en un círculo estrecho de familiares. Por otra parte, la interpretación ofrecida por el autor de los colaterales en el Derecho del Fuero Viejo ni identifica apropiadamente quiénes son los propincuos, ni tiene asideros para limitarlos al cuarto grado, ni deslinda su coordinación con el régimen de sucesión in-

testada o su preferencia, ni nos ilumina sobre si es una sucesión forzosa o una reserva, si el Fuero Viejo es territorial o personal, resolviendo el problema a través de un pretendido Derecho libérrimo de elección del causante entre los propincuos, que tampoco tiene fundamento preciso en las fuentes.

Como todo el libro es un ejercicio de ciencia histórica-ficción, lo que el autor reconoce sin ningún pudor, bien puede hacerse sin deformar ninguno de los textos comentados, otro ejercicio de interpretación y ligar la aparición de la troncalidad en Vizcaya no al FGN sino a las más coetáneas Leyes de Toro, donde la troncalidad y el retracto gentilicio aparecen como el estatuto privilegiado de una nobleza castellana pendenciera e inadaptada, es el derecho retrógrado de las vinculaciones, que se opone al desarrollo del espíritu burgués y democrático. La cuestión no es baladí y ANTONIO GÓMEZ, en el comentario a las Leyes de Toro, se pregunta si la troncalidad es un régimen sucesorio intestado o una vinculación, lo que es sin duda legítimo planteárselo a su aplicación en Vizcaya, y respecto a Navarra los comentaristas (ALONSO, YANQUAS, LACARRA) interpretan que la troncalidad no es un orden vinculado porque ha de prevalecer la libertad de testar. Es decir, que es legítimo considerar la troncalidad en Vizcaya más como la pervivencia de un sistema productivo de nobleza y servidumbre que como defensa de un orden familiar de producción, que la mejor doctrina de la época, contraria a las vinculaciones, tendería a interpretar como un orden sucesorio intestado de ciertos bienes y a favor sólo de ciertas personas nobles, y no como la raíz de un sistema sucesorio vizcaíno autóctono.

No se trata entonces de encontrar la troncalidad en la identidad de unos pobres y virtuosos vizcaínos, preocupados únicamente por su «subsistencia», que quieren guardar en la familia el fruto de su trabajo y que han sido traicionados por unos villanos que se venden al más pujante Derecho real, sino más bien de unos infanzones, belicosos e improductivos, que quieren introducir o conservar un sistema que financie su holgazanería a través de la sumisión y apartamiento de los «extraños» de la propiedad de la tierra. El auténtico misterio en el Derecho de la troncalidad vizcaína no es determinar entonces el abolengo sino identificar al extraño como categoría misteriosa e indeterminada, que se constituye en la auténtica alma de la troncalidad: quiénes y porqué son extraños, lo que no nos explica el libro, imbuido de un cierto sentido mesiánico de lo vizcaíno llano. La viciosa condena del extraño es el cáncer de los sistemas sociales en descomposición y decadencia. En este contexto no está claro el propio ámbito de aplicación del Fuero Viejo de Vizcaya, y podría hasta llegar a considerarse más un fuero personal que un ámbito territorial de aplicación a una misteriosa tierra llana que nunca han definido las fuentes y que parece contradictorio considerarlo un territorio delimitado porque, sabido es que en Vizcaya la tierra es montañosa y no llana, no es en consecuencia la expresión de pervivencia de un derecho consuetudinario anterior, y tampoco ha existido nunca un misterioso «legislador vizcaíno», cuyo espíritu el autor invoca incesantemente en las páginas de su libro. Por otra parte, esta visión idealista de los pobres y laboriosos vizcaínos de la tierra llana está contradicha por la evolución de la institución en el Fuero Nuevo.

4. EL FUERO NUEVO DE VIZCAYA

El autor reconoce, lisa y llanamente, que el régimen del Fuero Nuevo es aún más confuso que el del viejo (pág. 127), lo que no le impide manifestar «la continuidad» de la institución centrada en el abolengo. A mi parecer contrastar en el Fuero Nuevo las ideas del Doctor GALICIA se enfrenta a contradicciones aún más notorias que las generales señaladas en el epígrafe anterior (referidas a la falta de apoyo en las fuentes, responsabilidad por deudas, apartamiento, etc.).

En primer lugar, el Fuero Nuevo regula un régimen de legítima de los cuatro quintos. En general, la legítima tiene un sentido divisorio e igualatorio. Legítima (que es una institución divisoria) y troncalidad que pretende mantener la indivisibilidad del patrimonio familiar, son contradictorias. La troncalidad pretende concentrar la propiedad de la tierra, mientras que la legítima pretende dividirla. La propia doctrina vizcaína (ANGULO LAGUNA) interpretó que no había troncalidad en la sucesión testada si había descendientes, y por la misma razón no debería haberla si había legitimarios ascendientes. La conclusión es que la sucesión troncal tiene sentido como un llamamiento excepcional intestado en la herencia de quien ha recibido bienes de descendientes o colaterales y por eso la jurisprudencia lo considera en ocasiones derogado en aplicación del régimen general de la Ley de Mostrencos. Sin embargo, el Doctor GALICIA resuelve la contradicción entre legítima y troncalidad por la simple afirmación de considerar la legítima supletoria de la troncalidad.

En segundo lugar, la troncalidad es también contradictoria con el llamamiento sucesorio a ascendientes, que también tiene un sentido divisorio del caudal hereditario, y mucho más con el reconocimiento de una cuota legitimaria a los ascendientes. En Navarra, cuando se introduce la sucesión de ascendientes por influencia del Derecho romano, contrario al Fuero General, en Leyes de 1596 y 1604, recogidas en las Leyes V y VI, Título XIII del Libro III de la Novísima Recopilación de Joaquín de Elizondo, se excluye expresamente de la misma los bienes troncales, y así la troncalidad se sitúa como excepción a la sucesión de ascendientes, configuración que recibirá también el 811 del Código Civil. El Doctor GALICIA resuelve la contradicción de la troncalidad de la sucesión y legítima de ascendientes con su doctrina de la subsidiariedad de la sucesión legitimaria respecto de la troncal, que a mí me parece aquí una simplificación sin apoyos históricos precisos.

En tercer lugar, la interpretación que propone el Doctor GALICIA se opone también al reconocimiento de derechos al cónyuge viudo. La preocupación por la reserva troncal aparece entre los civilistas del Derecho común (no se la inventa ALONSO MARTINEZ), muy especialmente cuando se mejora el llamamiento intestado al cónyuge viudo colocándolo después del cuarto grado de la colateral, lo que es obra de la Ley de Mostrencos. Entonces se plantea el problema del cambio de líneas. El Doctor GALICIA apenas se plantea este tema en Vizcaya que pasa sobre ascuas, interpretando que de un sistema de separación con arras en el Fuero Viejo se pasaría a un sistema de comunidad universal de los cónyuges en el Fuero Nuevo, hipótesis que a mí me parece extraordinariamente aventurada, y que en todo caso no se apoya en un aparato doctrinal y normativo adecuado, porque la noción de régimen económico del matrimonio es desconocida para el Fuero Local, simple y primitivo como lo fue el Fuero Viejo de Vizcaya, y se reedifica por los intérpretes en base a

referencias aisladas. No se llega a coordinar tampoco adecuadamente, a mi juicio, la relación entre derechos del cónyuge y troncalidad.

A mí me parece que como toda la obra del Doctor GALICIA es una hipótesis de ciencia histórica-ficción, se puede aventurar otra hipótesis al menos igual de verosímil: que no está acreditado que la troncalidad sea en el Derecho histórico de Vizcaya en la época de aplicación del Fuero Nuevo una sucesión necesaria, pues sólo se acredita su funcionalidad como régimen intestado, y es verosímil que sólo en ciertos supuestos excepcionales se trate de una vinculación en la línea colateral para evitar la sucesión intestada o testamentaria de la stirpe de «extraños» (quizá los colaterales y el cónyuge), supuestos que la obra que comento no llega a aclarar. En todo caso, la sucesión necesaria contradice la legislación desvinculadora, y no es verosímil que sobreviva después de 1820, lo que el TS, referido expresamente a Vizcaya, declara expresamente en su sentencia de 4 de diciembre de 1856. Incluso el libro refiere incidentalmente (pág. 209 en nota 14), las protestas a comienzos del XIX por el daño que el sistema de legítimas producía a la agricultura vizcaína, lo que no tendría sentido si se aplicase la troncalidad a la «tierra llana». Además las pocas sentencias que existen sobre troncalidad en Vizcaya hacen pensar que la institución no ha tenido ninguna vigencia sociológica hasta las postrimerías del XIX, porque su complejidad e inconcreción debió favorecer la litigiosidad y apenas hay sentencias sobre el tema. Además tampoco me parece categórica la pretendida oposición del derecho de las villas y de la tierra llana, y me parece más verosímil que las dos Vizcayas sean en esa época la Vizcaya agrícola y la Vizcaya marinera.

En definitiva, otra hipótesis razonable, contraria a la del libro que comento, es que la coordinación de troncalidad y legítima en el Fuero Nuevo no se puede hacer entonces por el sentido subsidiario de la legítima sino por la excepcionalidad de la troncalidad. E incluso ya he apuntado antes que como el Derecho de Vizcaya ha estado estrechamente ligado al castellano, y se recoge en el Fuero Nuevo el régimen sucesorio romano, no sería inverosímil sostener que el Derecho de troncalidad no ha existido nunca con carácter territorial en Vizcaya, y que es un Derecho que sólo se aplica a cierta nobleza vizcaína, quizá de poca monta, que tiene bienes vinculados (mayorazgos y capellanías), como sucede en el régimen castellano coetáneo de las Leyes de Toro.

5. LA COMPILACION

En la hipótesis de ciencia jurídica-ficción que estoy desarrollando, de sobrevivir en los albores del siglo XIX la troncalidad en Vizcaya, lo que no está contrastado y a mí me parece poco probable, fue asimilada a una vinculación y por lo tanto fue probablemente considerada por doctrina y jurisprudencia contraria a derecho. Probablemente a finales del XIX, la troncalidad fue resucitada en Vizcaya en el contexto de la «cuestión foral», esto es el invento de DURAN I BAS, que haría suyo ALONSO MARTÍNEZ, de asimilar el régimen foral de Navarra al de otras «regiones forales», que conseguían así un vocal en la comisión de codificación y el encargo de redactar un apéndice foral de las instituciones forales que convenía conservar en el proyecto de un futuro Código Civil general.

Quizá la cuestión foral fue sólo un invento para poder asimilar el Derecho Foral de Navarra que había sobrevivido al centralismo liberal después de la

guerra carlista, merced a la ley paccionada. El Derecho Foral de Navarra se diferencia sin embargo de los demás Derechos Forales, primero en su historicidad, esto es, que nunca había sido derogado y que conservaba íntegro su propio sistema de fuentes, que además responde a una realidad efectivamente vivida por los navarros. El llamado Derecho Foral de Vizcaya se refiere, por el contrario, como hemos visto a textos históricos dispersos y singulares y que no llegan a fundar un sistema y de los que no se contrata con claridad su ámbito personal o territorial de aplicación, y ello es así porque nunca existió un reino de Vizcaya. El Derecho de Navarra se distingue también del de las otras pretendidas regiones forales en su coherencia interna como sistema civil particularmente sucesorio, propio contrario al divisorio de la propiedad que inspira Las Partidas y la codificación civil, del que la troncalidad es una pieza central, mientras que la troncalidad no tiene una referencia sistemática clara en el Derecho Histórico Vizcaíno (que es un Derecho de ámbito local y personal). A mí me parece que la singularidad del Derecho vizcaíno se gesta más en el desarrollo mercantil e industrial de la Vizcaya de fines del XIX que en la identidad histórica de sus fueros o en la coherencia de la pervivencia de las singularidades históricas de la propiedad de los campesinos vizcaínos.

La troncalidad vizcaína me da la impresión que sólo se perfila con claridad, primero en la jurisprudencia de fines del XIX, fruto de una presión doctrinal y política que se encuadra en la «cuestión foral», y luego se concreta en la compilación de 1956, como realidad de derechos «provinciales» edificados a imagen y semejanza del Derecho navarro, al que en la codificación se quiso degradar de su sentido universal para hacerlo también Derecho provincial y resolver así la cuestión foral. La aplicación de la troncalidad sólo en la tierra llana le presta una complejidad añadida. Aquí me parece que en este punto hay un tratamiento superficial de la jurisprudencia por el Doctor GALICIA, que trata las sentencias del Supremo más como una reseña incidental que como el resultado del debate doctrinal y realidad de la institución en su tiempo, generalmente en un tono crítico por no haber delimitado adecuadamente la institución y haberla interpretado restrictivamente, excluyendo minas, derechos de aguas, derechos reales limitados, excluyendo los bienes recibidos o adquiridos de extraños, etc., sin reconocer el esfuerzo por prestar coherencia a una institución que no la tenía en las fuentes y que de haber existido en algún tiempo y para algunas personas, estaba quizá en desuso, o al menos carecía de arraigo firme fuera de la noción de caserío, y a la que la jurisprudencia encuentra sentido con el concepto de línea, en el contexto del desenvolvimiento del artículo 811 del Código Civil.

El Doctor GALICIA presenta como precedentes de la regulación de la institución en la Compilación, el proyecto de apéndice de 1900 y el informe del Colegio de Abogados de 1928. Y de un modo pormenorizado va comparando insistentemente la regulación de la compilación con la de sus pretendidos precedentes, en su pretensión de rodear de cortesanos doctrinales a un naciente Derecho vizcaíno. A mí me parece esta parte sumamente tediosa y pudo prescindirse de unos precedentes anecdóticos o, a lo sumo, relegarlos a notas marginales informativas, y debió exponerse de un modo más lineal la regulación de la compilación y su interpretación doctrinal y jurisprudencial. El Doctor GALICIA acusa a la Compilación de no haber integrado un sistema propio de fuentes, de no haberse cuestionado sobre su vigencia o desuso, y de no haber sabido arraigar la regulación en el Derecho histórico que deroga. Le acusa de innovar en el sistema al regular un llamamiento troncal basado en

el concepto de línea y no de abolengo, pues se consideran troncales en la Compilación los bienes raíces que se transmiten en línea recta descendente cuando existan parientes que deriven de un titular anterior de dichos bienes raíces y de haber mantenido las lagunas e imprecisiones de los textos históricos. Confesaré que el tono crítico que adopta respecto de todos los precedentes doctrinales, legales y jurisprudenciales de la actual regulación de la troncalidad me ha hecho la lectura del libro sumamente antipática en este punto. De las innovaciones de la Compilación, las más llamativas son el llamamiento sucesorio del cónyuge en los bienes troncales con una cuota usufructuaria, la instauración del principio de la preferencia del grado más próximo en el llamamiento a los colaterales, y el establecimiento expreso de la sucesión por representación en los bienes troncales. Deteniéndose, finalmente, en la reforma de la Ley Foral por Ley 6/1988, de 18 de marzo, para establecer la igualdad de todas las clases de filiación y para permitir la mutabilidad del régimen económico-matrimonial, que juzga de innecesaria y crítica por no haber regulado la situación de la filiación adoptiva.

6. LA LEY 3/1992, DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAIS VASCO

El libro, a partir de la página 269, inicia el comentario a la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco, lo que constituye la finalidad primordial del libro, comentario que, en general, a salvo en aspectos puntuales, está envuelto en un tono laudatorio que contrasta con la crítica en las páginas anteriores de todos los precedentes históricos, jurisprudenciales, doctrinales y legislativos sobre troncalidad. Tono laudatorio y ampliatorio de la troncalidad que, a mi juicio, contrasta con la muy dudosa subsistencia en Vizcaya de los fundamentos sociológicos, familiares y económicos que justificaron, en su día, de haber existido alguna vez, la troncalidad en Vizcaya.

Se destaca, en primer lugar, la ampliación del ámbito objetivo de la troncalidad. La Ley vasca considera troncal aún para los colaterales los bienes raíces adquiridos, no sólo los recibidos con tal que hubiesen pertenecido en cualquier momento a un antepasado común al causante y al llamado, amplía la troncalidad a los derechos reales (de disfrute, según el autor interpreta), y también a los muebles destinados o unidos al inmueble. En su conflicto con la legítima establece expresamente la preferencia de la troncalidad sobre la legítima o sobre la cuota de libre disposición y ordena imputar el usufructo viudal a la cuota de libre disposición, lo que a mí me parece una limitación monstruosa de la libre disposición en la tierra llana (teniendo en cuenta que la legítima de los descendientes es de 4/5 partes y que se amplía la legítima del viudo en su concurso con descendientes a la parte de libre disposición). También amplía la troncalidad como llamamiento colectivo a toda la parentela al considerar el autor que, en caso de renuncia, indignidad o desheredación de un orden sucesorio troncal, la troncalidad debe persistir en favor de los órdenes ulteriores siempre que subsista un pariente tronquero del causante.

También me parece monstruoso el ámbito territorial de aplicación de la troncalidad, que según el principio del artículo 23 se aplica en llamamientos a favor de no aforados y también en las herencias de los no aforados, que si tienen bienes raíces en la tierra llana no se rigen en este punto por su ley personal. Lo que me parece que puede estar en contradicción con el régimen

general de las normas de conflicto en el Derecho interregional e internacional privado que son de aplicación general (art. 148.1.8 CE). Aparte de que no tiene sentido que siendo llamado a la herencia troncal un colateral no aforado, que, por ejemplo, vive en Pamplona o Madrid, tenga sentido vincular en su favor de modo preferente los llamamientos hereditarios cuando presumiblemente no tiene arraigo ninguno con la tierra llana y además vinculando los bienes a una indisponibilidad que sólo permite, de no tener hijos, transmitirlos al familiar tronquero que quede en el campo, de quedar alguno, lo que alguna interpretación pretende restringir en una interpretación posibilista del artículo 25, que no es categórica. Yo creo que en general ni la ley ni el libro se plantean de modo correcto los graves problemas de Derecho interregional que presenta la troncalidad vizcaína, que son el auténtico talón de Aquiles para la coherencia de la institución.

Aparte de ello, la ley regula en detalle, siguiendo en términos generales el régimen fijado en la Compilación, el orden de los llamamientos a la herencia troncal (descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado, definiendo el parentesco troncal en los que lo sean por línea paterna o materna de donde proceda la raíz troncal, siempre que el colateral descienda de un ascendiente común al causante que hubiese sido titular de los bienes troncales); la ley regula en detalle el derecho de apartamiento que ahora funciona como garantía frente al olvido y que supone la libertad de elección y distributiva del causante sobre el *quantum* reservado, pudiéndose apartar sin fórmula alguna a descendientes y ascendientes, lo que no está claro que tenga precedente histórico alguno. Regulando también en detalle la Ley 3/1992, la fijación exacta y detallada de la cuota legitimaria, la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima y las normas de imputación de donaciones, lo que no era necesario por tener una dogmática precisa en el Derecho común. Introduciendo un novedoso derecho de alimentos del artículo 66 a favor de los descendientes del causante que se encuentren en situación de pedir alimentos y que pueden pedir a los «sucesores» cuando no haya persona legalmente obligada a prestarlos (sin aclarar si ha de imputarse de modo preferente a la cuota de libre disposición, legítima o bienes troncales).

El libro se cierra con un capítulo relativo a la naturaleza de la troncalidad, que el autor considera un límite genérico al derecho de propiedad, considerando que los tronqueros no heredan sino suceden en los bienes troncales, lo que a mí me parece que no es categórico en la medida que no se niega la responsabilidad de los bienes troncales por deudas del causante o por deudas hereditarias. Y no deja de ser curioso, a mi juicio, que el causante no pueda donar los bienes troncales ni disponer *mortis causa* de los mismos a favor de «extraños», y sin embargo sí pueda arruinarse apostando, por ejemplo, en el trinquete; es decir, restringir la facultad de disponer sin restringir la facultad de obligarse; y yo me pregunto, ¿qué sentido puede tener en nuestros días?, es decir, qué papel debe jugar y por qué la propiedad raíz en la organización social y política que le hace tener ese protagonismo y singularidad en las leyes vizcaínas.

RUDA GONZÁLEZ, ALBERT: *El contrato de cesión de suelo por obra*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 397 págs.

El tema objeto de esta monografía es de una actualidad indudable, sobradamente conocida para quienes están en contacto con problemas de carácter inmobiliario. Basta consultar cualquiera de los repertorios al uso de jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, para apreciar la enorme litigiosidad que provoca, lo que a la vez hace pensar en la gran cantidad de supuestos prácticos cuya problemática se resuelve por otras vías. Además de ello, una ojeada a las revistas jurídicas especializadas de los últimos cinco años revela el enorme interés y el debate profundo que existe sobre diversos aspectos de la figura (o más bien figuras) sobre la que versa esta monografía. La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* no ha sido ajena a la cuestión, habiéndose recogido en ella diversas posturas doctrinales, de manera especial en torno al controvertido artículo 13 del Reglamento Hipotecario, en la versión dada a este precepto por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

Desde la perspectiva registral, la cuestión se había planteado ya con anterioridad, de una manera especial, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, en la que se consideró que aunque el contrato de permuta aparece configurado en el Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical, le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462.2 del Código Civil, de manera que la cuestión debatida consiste en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que se ha operado ya el juego traditorio respecto de los pisos o locales, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento; o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior: el del acta notarial de entrega.

Con el título de *contrato de cesión de suelo por obra* se refiere el Profesor RUDA GONZÁLEZ a esta figura contractual tan habitual en la práctica, que aparece bajo distintas denominaciones (permuta de solar por pisos o locales a construir, permuta de solar por edificación futura, aportación de solar, cambio de solar por pisos, cambio de solar por futura edificación, etc.). En todos estos casos nos encontramos con un fenómeno común que jurídicamente se puede abordar desde diversas perspectivas: una persona se obliga a transmitir a otra un derecho sobre un solar, a cambio de que ésta se comprometa a realizar sobre el mismo una obra y a entregar a la primera una parte de dicha obra, generalmente, ciertos pisos y/o locales. Los motivos del éxito de esta figura son, como bien destaca el autor, la escasez del suelo, el ahorro de impuestos y el denominado *boom* inmobiliario. Pero además permite a las partes resolver problemas de liquidez y beneficiarse de la futura plusvalía de las viviendas o locales residuales que pueden arrendar o vender.

La obra se compone, básicamente, de tres partes. En una primera (contenida en el Capítulo II) se ocupa el autor del concepto y caracteres del contrato. Se describen aquí las principales modalidades de cesión de suelo por obra que pueden encontrarse en la práctica inmobiliaria. En esta parte se pueden destacar, a mi juicio, varias cuestiones. Por un lado están las páginas dedicadas a la calificación, donde se evita teorizar sobre la naturaleza jurídica de la figura, centrándose con una metodología adecuada en la búsqueda de solucio-

nes ante la concurrencia de regímenes normativos concretos. Se concluye así que estamos ante un contrato mixto o complejo, dada la necesidad de coordinar prestaciones de dos o más tipos contractuales legales (básicamente, contrato de obra y contrato de permuta). Se aborda después el régimen jurídico aplicable a este contrato, analizando pormenorizadamente las fuentes por las que puede regirse el mismo, los sujetos que intervienen (partes del contrato o terceras personas), el objeto, los problemas de forma, así como la adición de otro tipo de elementos habituales en la práctica (término y condición). Uno de los puntos clave es, sin duda, el de la determinación del objeto de la cesión de suelo por obra, tanto desde un punto de vista estrictamente dogmático como práctico. El autor analiza aquí las posibilidades de determinación sucesiva, la permuta genérica y la tan frecuente determinación mediante porcentajes. Finalmente se examina la figura del precontrato a la que se acude con cierta frecuencia en la práctica. El autor asume la postura doctrinal mayoritaria en el sentido de que la voluntad de contratar se encuentra ya en el precontrato, sin que se precise una nueva declaración de voluntad de las partes para que se pueda exigir el cumplimiento. En ese sentido se muestra crítico con algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo que parecen volver a la tesis clásica, conforme a la cual el precontrato constituye un contrato que obliga a celebrar posteriormente el contrato definitivo. Aun coincidiendo con este planteamiento, creo que ahora debe tenerse presente la regulación que establece al respecto el artículo 708 de la LEC, pues entiendo que el legislador ha querido englobar aquí otros posibles supuestos, dependiendo de la intención de las partes y de la función económico-social y jurídico-privada del negocio celebrado, lo que puede influir de manera importante en la calificación jurídica del mismo.

La segunda parte (Capítulo III) se ocupa del contenido y efectos del contrato de cesión de suelo por obra. Se tratan aquí las obligaciones y derechos de cedente y cesionario, con un estudio pormenorizado del problema de las garantías, sobre todo desde la perspectiva del cedente, destacando las ventajas y desventajas de unas u otras. Destacaría de una manera especial en esta parte el tratamiento que el autor hace del problema de la transmisión de la propiedad, tanto la del solar como la de los pisos o locales construidos. El estudio jurisprudencial en este punto es particularmente minucioso, poniéndose de relieve que, dependiendo de las diferentes maneras de configurar el objeto de la cesión, la transmisión de la propiedad se produce de manera diferente en cada caso, lo cual tiene importantísimas repercusiones en la práctica inmobiliaria.

La tercera parte (Capítulo IV) está dedicada al incumplimiento del contrato. El autor se centra en las cuestiones que suscita el incumplimiento contractual, excluyendo deliberadamente el régimen de responsabilidades establecido por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por referirse ésta al proceso de construcción en general. Lógicamente, la mayor parte de este capítulo se dedica a lo verdaderamente problemático, que son los diferentes tipos de incumplimiento en que puede incurrir el cesionario: mora, cumplimiento defectuoso y todos los avatares que pueden aparecer en la figura del incumplimiento definitivo. Ante este incumplimiento se analizan pormenorizadamente las distintas posibilidades de reacción por parte del cedente, con los pros y contras de cada una de ellas: acción de cumplimiento en forma específica, indemnización de daños y perjuicios y resolución del contrato. La cuestión relativa a la resolución es especialmente problemática dependiendo de que el solar permanezca sin edificar o de que la edificación

haya comenzado. El autor examina cuidadosamente los problemas que plantea acudir en estos casos a la figura de la accesión, o resolverlos sobre la base de la equidad y la prohibición del enriquecimiento injustificado. En mi opinión, las páginas tituladas en este punto *Notas para un intento de solución*, constituyen una de las aportaciones más brillantes en las que analiza con detenimiento los siempre espinosos problemas de la eficacia de la resolución respecto a terceros.

Al hilo de lo anterior, hay un aspecto de la monografía especialmente relevante, a mi entender, que aparece y reaparece en bastantes apartados de la misma. Me refiero al estudio del artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Como he destacado, este precepto, redactado de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, pretendía disciplinar el contrato de permuta de suelo por obra futura. Sin embargo, con posterioridad, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del mismo en STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 31 de enero de 2001. Ponente: Excmo. Señor don JESÚS ERNESTO PECES MORATE). La parte subsistente del precepto, sin la declarada nula, resulta bastante difícil de comprender. No voy aquí a reproducir la argumentación de la sentencia y todos los problemas de interpretación que suscita, pero desde luego, a lo largo de varias páginas, se consigue aclarar gran parte de las dudas que a todos se nos plantean, con un enfoque original del autor en el que tiene presente sistemáticamente toda la normativa registral y urbanística aplicable, y que ha sido objeto de un análisis más pormenorizado en otra publicación [me refiero a «El contrato de cesión de suelo por obra tras las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 31 de enero de 2001», en *La Ley*, 2001-6, D-223, págs. 1536-1543]. El autor estudia además, a lo largo de su exposición, la reciente Ley catalana 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (*BOE* núm. 29, de 2 de febrero de 2002), que constituye una normativa sumamente vanguardista sobre la materia, y que bien pudiera servir de modelo para una futura regulación en Derecho Común.

Por otro lado, una de las cuestiones que más me ha llamado la atención de la monografía del Profesor RUDA GONZÁLEZ es su manera de recurrir a argumentos de Derecho Comparado. El autor no realiza una abigarrada exposición de la regulación del contrato de cesión de suelo por obra en cada uno de los diferentes ordenamientos, para luego abordar la cuestión en el Derecho español, sino al contrario. Se centra en los problemas concretos que suscita la figura y acude a la regulación y a la jurisprudencia de otros países, en aquellos casos en que se puede arrojar algo de luz sobre la materia. Ello no significa en absoluto que no se profundice en el tratamiento de la cuestión en otros ordenamientos. El autor demuestra un gran rigor en este punto, pero a la vez, con este método de trabajo, facilita la lectura y permite comparar diversas soluciones y enfoques jurisprudenciales a modo de instrumento auxiliar. En todo caso, sorprende gratamente que ante problemas similares a los que se plantean en la jurisprudencia española, el autor recoja con soltura otros pronunciamientos jurisprudenciales que han recaído en Derecho alemán, francés, italiano, austríaco, portugués, suizo, etc. Con ello se facilita enormemente el enfoque de cada una de las cuestiones, y además el autor siempre pone de relieve las diferencias y paralelismos entre unos y otros ordenamientos.

Esta manera de tratar la cuestión en Derecho Comparado resulta especialmente relevante en el momento actual, sobre todo teniendo en cuenta el

movimiento existente en torno a la armonización del Derecho Contractual europeo. Aparte de dos Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y de 1994, en las que simplemente se sugiere la necesidad de iniciar un proceso de codificación, hay que destacar más recientemente la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001 (*DOCE*, C 255, de 13 de septiembre de 2001), y la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros (*DOCE*, C 140 E, de 13 de junio de 2002). En el punto 14.a) de esta Resolución, el Parlamento solicita a la Comisión que el proceso de aproximación del Derecho Civil y mercantil de los Estados miembros presente un plan de acción que englobe, entre otros, los siguientes extremos: «compilar en una base de datos, en todas las lenguas de la Comunidad, la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual, y *promover*, a partir de dicha base de datos, *investigaciones en el campo del Derecho comparado, así como la cooperación entre las partes interesadas y los círculos académicos y profesionales relacionados con el Derecho*. La cooperación debería tener por objeto alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes y una terminología jurídica común a los quince Estados miembros que podría aplicarse con carácter voluntario... en los siguientes ámbitos: Derecho contractual general, Derecho de compraventa...»

Además de ello, en la Resolución se alude a la presentación anual de «*Informes al Parlamento Europeo sobre los progresos realizados en materia de análisis comparativos y de posibles soluciones y conceptos jurídicos comunes sobre el Derecho contractual*»; al «*fomento de la difusión de los análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes en el marco de la formación académica y de los planes de estudios de las profesiones relacionadas con el Derecho, y fomento de la difusión del Derecho comunitario entre los mismos círculos académicos y profesionales*»; así como a la «*utilización consecvente de los conceptos y soluciones jurídicas comunes y de la terminología jurídica común por todas las instituciones de la UE que participan en los procedimientos de elaboración legislativa y de su aplicación*». Se podrán mantener posturas diferentes en torno a este proceso de unificación, pero no cabe duda de que monografías como la del Profesor RUDA GONZÁLEZ constituyen un óptimo ejemplo de cómo afrontar el estudio de una problemática semejante entre diferentes ordenamientos, que puede ir propiciando el resurgir de una doctrina jurídica común sobre bases menos apegadas al Derecho propio. La actualidad de este planteamiento se ha vuelto a poner de relieve en la más reciente Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre un Derecho Contractual Europeo más coherente, de 12 de febrero de 2003, en el que se inicia el Plan de Acción a que antes he aludido [COM (2003) 68 final, accesible en http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm].

Otro de los aspectos relevantes de la monografía que más agradecerán los juristas prácticos, es el tratamiento que el autor hace del régimen tributario aplicable al contrato de cesión de suelo por obra. En mi opinión, se trata de un acierto indudable de esta monografía, pues lo que desde una perspectiva puramente iusprivatista puede parecer adecuado a los intereses de las partes, en el plano tributario puede suponer una cortapisa considerable. Es más, partiendo de unas determinadas normas tributarias en nuestro ordenamiento jurídico, a la hora de asesorar a las partes que pretenden realizar un negocio

jurídico concreto de intercambio de solar por obra futura, el enfoque de la cuestión puede variar de forma considerable si se explican adecuadamente las repercusiones fiscales que tiene el adoptar una u otra solución. Es posible que el legislador no haya sido plenamente consciente de que por esta vía se puede influir poderosamente en el tráfico inmobiliario, pero nadie puede dudar a estas alturas de la trascendencia que en el comportamiento jurídico de los particulares puede tener la carga fiscal que deben soportar con cada uno de sus actos y negocios jurídicos. De esta manera, el Derecho tributario se puede convertir en un valioso instrumento en manos del legislador para orientar un determinado tipo de política jurídica. Me permito recordar, a estos efectos, que el legislador francés, tras reformar en profundidad el contenido del *Code Civil* en materia de *testament-partage* y de *donation-partage*, sólo consiguió un efectivo cambio en el comportamiento de los particulares en el momento en que, con posterioridad, modificó la normativa fiscal aplicable a estas figuras, incentivando una (la que pretendía extender el legislador en la práctica) en perjuicio de la otra. El Profesor RUDA GONZÁLEZ no ha sido ajeno a estos planteamientos, y con cita de numerosas contestaciones de la Dirección General de Tributos, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y de Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, trata el complejo régimen tributario de las diferentes modalidades de contratación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido, e Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Igualmente se refiere al Impuesto sobre Actividades Económicas para las actividades de promoción inmobiliaria.

En definitiva, esta monografía constituye, a mi juicio, una aportación imprescindible para el estudio, práctico y teórico, de esta figura contractual. Abogados, Jueces, Registradores de la Propiedad y Notarios, así como los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, encontrarán en sus páginas soluciones a problemas concretos, así como planteamientos del autor sumamente novedosos que permiten abordar con acierto otras cuestiones conexas. El investigador, el estudioso del Derecho, encontrará además en la obra del Profesor RUDA GONZÁLEZ un tratamiento exhaustivo de todos los problemas dogmáticos que plantea la cesión de suelo por obra en Derecho español, en el Derecho Civil de algunas Comunidades Autónomas y en el Derecho Comparado. La bibliografía utilizada, española y extranjera, es muy completa, y se facilita la posibilidad de profundizar en la materia con una recopilación de pronunciamientos jurisprudenciales, clasificados por materias, no sólo de Tribunales españoles, sino también de otros países. La obra, además, está escrita en buen castellano, que facilita una lectura ágil, lo que siempre es de agradecer cuando se aborda una problemática tan compleja que el autor desgrana con enorme soltura. Sin duda, un acierto editorial, que viene a cubrir un hueco en nuestra literatura jurídica, no sólo en cuanto al estudio de la figura en sí de la cesión de suelo por obra, sino en cuanto a las soluciones que proporciona para resolver problemas concretos.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

MUÑOZ SORO, JOSÉ FÉLIX: *Decisión jurídica y sistemas de información*; publicación del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Tras el fallecimiento de nuestro querido compañero y director de esta *Revista Crítica*, FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (q.e.p.d.), se hace muy difícil sustituirle, aunque sea en la cómoda tarea de recensionar un libro que avanza filosófica y prácticamente en un tema monográfico de palpitante actualidad e incontenible futuro: *Decisión jurídica y sistemas de información*, tesis doctoral (sobresaliente *cum laude*), de JOSÉ FÉLIX MUÑOZ SORO, que fue dirigida por el Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, don FERNANDO GALINDO AYUDA, y publicado por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (año 2003). Esta publicación acredita el gran interés que el Colegio tiene en el empleo de las nuevas tecnologías como vehículo de acercamiento de la Institución Registral a la sociedad, así como para la modernización de sus oficinas, puesto que confieren rapidez y funcionalidad a la operativa registral, con los beneficios inherentes a la agilización de trámites y a la eliminación, en lo posible, de las actuaciones presenciales, *sin pérdida de la seguridad consustancial al sistema*, lo que redunda en un claro beneficio para los ciudadanos en general y en una mejor prestación de servicios para los usuarios en particular.

Esta nueva era, en la que nos encontramos, llamada de la «*Sociedad de la Información*», que nace con la implantación y generalización de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones (TIC), se supera cada día por el vertiginoso crecimiento de la electrónica que facilita la masiva utilización de la informática y el cómodo acceso a una universalidad de datos e informaciones almacenados informáticamente («*bancos de datos*») que pueden ser fácilmente procesados y clasificados por materias y transmitidos a través de redes de telecomunicaciones que superan todas las fronteras. Su utilización e intervención en la actividad diaria de las personas y, consiguientemente, sus implicaciones socio-jurídicas, se muestran como un fenómeno irreversible, dando lugar a nuevas formas de actuación no sólo por los empresarios y profesionales sino también, en general, por todas las personas, que se convierten así en «usuarios» del sistema al permitir y facilitar consultas de ámbito global y actuaciones transaccionales a distancia, tanto de bienes y servicios como de meros datos abstractos y de los modernos programas de actuación. El llamado «comercio electrónico» y, en general, toda la actividad cibernética a distancia, crea en la realidad social un entorno nuevo que cada día supera sus límites y que demanda una regulación jurídica especial que proporcione la seguridad necesaria para poder operar en las redes con total garantía. La *Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y del Comercio Electrónico* (BOE 12-7-02), ha venido a regular estos servicios de información, incorporando a nuestro ordenamiento las Directrices comunitarias sobre la materia que regulan las condiciones de validez y eficacia de los contratos electrónicos, las obligaciones de los prestadores de servicios y su responsabilidad, el alcance de las resoluciones judiciales y extrajudiciales de los conflictos que puedan plantearse, los códigos de conducta y el régimen sancionador. El *Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero* (BOE 28-2-03), regula los «registros telemáticos» y las «notificaciones telemáticas», así como la utilización de dichos medios para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos. El Proyecto de la nueva *Ley General de las*

Telecomunicaciones, en tramitación, viene a completar este novedoso capítulo de nuestro ordenamiento jurídico.

Todas estas disposiciones generales permiten aspirar en un futuro, que cada día se ve más próximo, a unas metas de universalidad y seguridad jurídica de suma garantía. Pero, incluso en la realidad práctica actual, podemos decir que la progresiva utilización de medios técnicos de navegación por las redes de información y de comunicación en soportes magnéticos, tanto por y para con la Administración en general (*Ley 30/1992, de 25 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*), como en los procesos judiciales (*Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, art. 162, y *Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, art. 230); y en las actuaciones de los Tribunales, Notarías y los Registros de la Propiedad y Mercantiles (*Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, en cuya Sección VIII se regula la *incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva*), han venido a demostrar que estos avances tecnológicos son extraordinariamente útiles para incrementar la eficacia práctica de las respectivas actividades jurídicas. Su uso irreversible nos lleva, incluso, al convencimiento de que en estas modernas técnicas es conveniente ir por delante de las necesidades, pues, aunque su empleo suele conllevar un esfuerzo inicial mayor, también tiene su recompensa en una posición competitiva mejor, lo que va a permitir llevar a cabo proyectos de futuro basados en nuevos servicios, mejores y más baratos, cómodos y rápidos.

La llamada «*decisión informatizada*» o «*resolución automatizada*», en su forma más simple como respuesta automática a determinadas premisas fácticas, está ya al alcance de determinados sectores, como los financieros (órdenes de compra/venta de valores en bolsa al alcanzar determinada cotización, «códigos tipo» para la concesión de créditos según situaciones personales y niveles de solvencia, la «hipoteca informática», la incorporación automática de clientes remisos a registros de morosos, etc.). Y el prodigioso desarrollo previsible de la informática (ordenadores cada día con mayor capacidad y más sofisticados programas) nos lleva ya a vislumbrar una cierta «*inteligencia artificial*» de las máquinas, capaz de sustituir a ciertos elementos en los que se apoya la inteligencia humana, cada día con mayor alcance (tesis de los «desarrollistas»), aunque, por el momento, incapaz de suplirla.

Es evidente, por tanto, que los juristas deben profundizar en el modo en que el uso de esta tecnología llamada de «*última generación*» puede afectar a sus decisiones, y a la Filosofía del Derecho corresponde examinar sus consecuencias sociales. Del mismo modo que la aparición de la escritura, y no digamos nada del invento de la imprenta y de la mecanización de aquélla, abrió una nueva era de la civilización, facilitando el crecimiento de los compromisos obligatorios y los contactos entre las personas y con las Administraciones, la moderna tecnología, al permitir aumentar hasta casi el infinito la capacidad de procesamiento de datos y facilitar al máximo su transmisión a distancia, ha venido a intensificar vertiginosamente la relación simbiótica hombre-máquina, cada vez más compleja, con lo que esta nueva fase tan avanzada de la revolución tecnológica se presenta tan decisiva como la inicial rompedora del arcaísmo tradicional en los modos de actuar en el ámbito de las decisiones jurídicas.

El autor del libro, *Decisión jurídica y sistemas de información*, antes de entrar en su valoración, examina las características que debe tener una *deci-*

sión informatizada para ser aceptada y las bases para una posible *modelización* de las decisiones jurídicas.

En primer lugar, analiza la conexión de la posible «*decisión informatizada*» con los diferentes sistemas de información que le va a servir de ayuda. Parte de que el nexo principal entre éstos y la decisión jurídica es la «*norma*». La «*decisión*» (acto creador del Derecho) se forma seleccionando y aplicando las «*normas*» precisas para obtener el efecto deseado, que van dirigidas a la sociedad en general y que justifican la decisión que se toma, orientada a los valores. De esa actividad continua y habitual surge la «*burocracia*», dominada por las organizaciones especializadas (Colegios y Asociaciones Profesionales) que establecen sus «*normas*» concretas.

Los sistemas de información y los programas informáticos de los ordenadores también se diseñan con normas, que en esta materia se denominan «*reglas*» de funcionamiento de esa sofisticada maquinaria. Por eso, dice el autor del libro, la «*decisión informática*» se va a formar por la combinación de diversas «*micro-decisiones*», ya que van a intervenir, junto con los datos legales y jurisprudenciales procesados, los informes de los técnicos programadores y los demás factores fácticos aportados por el ordenador.

Seguidamente pasa a examinar las diversas etapas que han seguido en su evolución los sistemas de información:

Una primera generación, orientada al «*dato*», se limita a examinar los problemas de su acumulación masiva y su «*externalización*» de alcance universal, es decir, el hecho de facilitar el libre acceso a la información general procesada, con el evidente peligro de posibles atentados a la privacidad y de acoso a la intimidad, lo que se intenta paliar con leyes especiales (*Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal*, que incorpora a nuestro Ordenamiento la Directiva 95/46 de la CEE). La fiabilidad de las fuentes de origen nos proporcionará la suficiente seguridad, condicionada por una consulta adecuada y congruente que va a facilitar una respuesta con el máximo «*coeficiente de pertinencia*» y el suficiente «*grado de exhaustividad*».

Una segunda generación se orienta a los «*medios*» de comunicación y transmisión, en la que aparece el «*documento electrónico*» que va a permitir concretar en «*soporte magnético*» y «*formato digital*», decisiones fundamentadas en los sistemas y su transmisión a distancia, superando fronteras, con sus graves problemas inherentes de la «*cofiabilidad*» y «*seguridad*» (garantía de autenticidad del documento en origen y destino, firma electrónica autenticada), cuestiones que se recogen también en las Leyes especiales y cuya aspiración máxima inmediata, la sustitución del soporte papel, se presenta como una verdadera revolución de los medios.

Y una tercera generación, en la que ahora nos encontramos, intenta programar la llamada «*inteligencia artificial*», es decir, la toma de decisiones automatizadas con efectos jurídicos sobre las personas.

Y aquí se centra el problema fundamental de la tesis: *¿Hasta qué punto los sistemas de información pueden generar decisiones de este tipo?*

Avanza el autor en la afirmación de que las corrientes modernas de la Filosofía del Derecho reconocen que éste (el Derecho) utiliza tanto las *normas* como los *elementos fácticos*, y admite la toma de decisiones derivadas de las relaciones «*lógicas*» entre unas y otros. Revisa el contenido básico de las

teorías filosófico-jurídicas que, a su juicio, permiten «modelar» el conocimiento informático del Derecho con total respeto a los principios jurídicos, y afirma que existe un cierto paralelismo entre las formas de actuar de la inteligencia artificial y la humana que utiliza las redes neuronales de la persona. Por eso, dice, en la evolución tecnológica se ha de procurar que, tanto la opción de adoptar procedimientos automatizados para la toma de decisiones como la investigación y construcción de las necesarias «herramientas de inteligencia artificial» (elaboración de los *programas informatizados*) que sirvan de ayuda en el ejercicio de actividades jurídicas, ha de ser siempre con *criterios de justicia en coherencia con los principios del ordenamiento propio de sociedades democráticas*. Por eso, se debe atender primordialmente a la actividad y profesionalidad de los «*técnicos informáticos*», que no sólo emiten sus informes sino que también crean los sistemas informáticos y confeccionan los «programas» de actuación que van a condicionar las decisiones. La garantía de un sistema informático no sólo se centra en la seguridad de los datos almacenados y procesados, que evite su destrucción o manipulación, sino también sobre todo en la «*veracidad de la información*», que debe alcanzar, incluso, a la estimación y valoración de la calidad en la elección de las fuentes de procedencia, y en la «*legitimidad de su utilización*» que evite un uso perverso. El comportamiento social de esos técnicos es, por tanto, un factor decisivo de la *cofiabilidad* de los datos procesados en los «*bancos de datos*», y, por consiguiente, también de la *seguridad* del «canal de información».

Seguidamente, el autor pasa a examinar las consecuencias de esa cooperación de la técnica en la toma de decisiones: Reconoce la eficiencia de los sistemas de información («*es legítimo lo que es eficaz*»), que con su penetración en la vida social llegan a instrumentalizar todos los ámbitos de la acción comunicativa, lo cual hace preciso preservar el espacio de la «*ética global*» mediante una ética en la misma red (códigos de conducta universalmente aceptados que guíen el comportamiento de los usuarios), así como impulsar la racionalidad comunicativa como «*principio de legitimación*», pues las redes no incorporan conocimiento jurídico o ético, ni siquiera sentido común, sino simplemente reglas útiles para gobernar su funcionamiento.

La actuación del agente informático debe centrarse, por tanto, en una «*ética procedimental*» que, por su alto grado de abstracción y sistematización, debe ser un componente básico de la racionalidad y de su adecuación a la justicia. Si la más reciente Filosofía del Derecho dedica una intensa atención a las condiciones bajo las que discurre la argumentación jurídica, es decir, a la búsqueda de principios procedimentales que aseguren la racionalidad de las decisiones, los sistemas de información, cuyos canales de comunicación y programación van a influir en los «valores», deben atender fundamentalmente a los principios de «democracia» y respeto de los derechos humanos. Por eso, las teorías de la argumentación que deciden la utilización de medios técnicos de ayuda («*herramientas informáticas*»), proponen que debe seguirse necesariamente un camino por el que los principios democráticos se introduzcan en la propia dinámica de los sistemas de información. Un mundo nuevo que supone una visión del Derecho que supera el mero análisis del conocimiento normativo y hace hincapié en la acción, y en particular en la «acción comunicativa» entre las personas.

En resumen, el estudio que examinamos es un proyecto ambicioso que persigue indagar con rigor en nuestro patrimonio jurídico y obtener el mayor provecho del mismo desde el reconocimiento de la gran importancia de la

tecnología en la puesta a disposición de los profesionales del Derecho de unos extraordinarios medios e instrumentos de trabajo que ya son básicos para la toma de decisiones. Y ojalá que esta técnica sea de próspera vida en la defensa de la función del Derecho, puesto que, éste, según las teorías más avanzadas, hace mucho tiempo que ya no depende sólo de un «subjetivismo» estable, sino que debe incorporar continuamente el devenir de los acontecimientos para que las decisiones jurídicas de sus agentes puedan atender a las necesidades de cada día, lo que exige que deba ser interpretado «conforme a la realidad social del momento». Esta realidad actual está dominada, ahora, por la informática y la telemática como instrumentos de una «cibernética» (*arte que mediante la utilización de procedimientos electrónicos efectúa automáticamente cálculos complicados u operaciones similares*), que quizá nos lleven a un futuro de «*inteligencia artificial decisoria*», aunque, de momento, sólo se ve como «*virtual*».

No cabe duda de que en esta hipótesis, sólo previsible, es obligado, como primer paso, la evolución de una mera «*sociedad de la información*» a una más compleja «*sociedad del conocimiento*», puesto que, aunque el método de recuperación de la información contenida y procesada en las «bases de datos» sea un elemento primordial del camino a recorrer en la resolución de cualquier consulta, la información sólo es válida para el que sabe utilizarla, y en este campo *juega un poder decisivo la formación humanística y la libertad de elección para poder seleccionar e interpretar con criterio propio toda la información que se recibe*. La información es algo que nos viene de fuera, mientras que el conocimiento y el raciocinio es algo interno, una actividad intrínsecamente humana. Los programas de los ordenadores son sólo descripción de actividades genéricas y sirven únicamente como «herramientas» de ayuda a la actividad jurídica. Porque, en definitiva, la tecnología no es un fin en sí mismo, sino que siempre será un medio o instrumento, pero que nunca debe quedar exenta de responsabilidad. Por eso, en esta materia de la «informática decisional» no deja de ser una grave preocupación para muchos investigadores la falta de proporcionalidad entre el beneficio obtenido y el riesgo que se corre, no sólo en aquellas materias que requieren una protección especial sino también en las dominadas por un alto grado de confidencialidad, criterios que también pueden verse alterados por la necesaria intervención de técnicos externos y de equipos operativos especializados, lo que, indudablemente, también se traduce en un mayor coste de la actividad.

El inexorable paso del tiempo y el imparable progreso de la ciencia hacen que en todos los órdenes o actividades sociales las formas de actuación deban cambiar al compás de las nuevas necesidades que estimulan los nuevos descubrimientos. Sobre todo en estos tiempos en los que todo sucede más rápidamente. El lógico intento de sustituir la redacción personal de los contratos y de las resoluciones judiciales —y también de los documentos notariales e inscripciones registrales— por formularios que salen de un programa informático, tendrá consecuencias similares a la sustitución de las antiguas labores manufacturadas en forma artesanal por la fabricación mecanizada en serie o industrializada. Las cosas ya no serán tan perfectas y apreciadas, aunque tengan otras ventajas como la rapidez, el ahorro en los costes y la generalización de su uso. Y lo mismo ocurrirá con la sustitución de una completa publicidad del contenido de los instrumentos e inscripciones por resúmenes mecanizados y prefabricados, que siempre serán fríos e incompletos, y hasta se anuncian «sin garantía».

Con mayor razón que en cualquiera otro sector, en el campo de las *decisiones jurídicas*, que afectan de modo indudable a la seguridad del tráfico y a la justicia, debe extremarse al máximo la cautela en la incorporación de estas técnicas. Una pretendida homogeneización y estandarización, por ejemplo, de la actividad de los Tribunales, de las Notarías o de los Registros de la Propiedad, puede incluso dañar a la independencia judicial y, en su caso, a la notarial y a la calificación registral, así como afectar, en general, a la individualización que requieren tanto la Administración de Justicia como la profesionalidad de las funciones jurídicas y llevarlas a una progresiva deshumanización, así como a la Comisión de Errores que descalificarían su actuación, con el añadido de un potencial de peligrosidad si los medios informáticos se usan de forma perversa. No deja de ser una panacea utópica si el jurista espera que la tecnología le proporcione la resolución de todos los problemas con rapidez, economía y seguridad.

De todo esto se sigue la necesidad de una sincera reflexión a la prudencia para evitar que la introducción indiscriminada de estas nuevas técnicas deshumanice la actividad jurídica, o se utilice para cercenar los legítimos intereses de los usuarios a una atención profesional. La tecnología puede multiplicar los recursos, pero en la práctica, incluso para su utilización eficiente, es preciso un irrefutable e irremisible último recurso a la inteligencia racional humana.

Todas estas cuestiones, tratadas con un irremediable carácter científico, hacen de esta monografía, con estructura interna y modos de desarrollo propios de una tesis doctoral, casi un tratado de filosofía práctica, lo cual no es óbice para que disfrutemos de un acercamiento apasionado y riguroso a la vida real.

MANUEL FIGUEIRAS DACAL
Registrador de la Propiedad

REVISTA DE REVISTAS

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΘΟ ΥΡΒΑΝΩΣΤΙΧΟ

Νόμωρο 200 (Μαρζω 2003)

«Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integrales», por MARTÍN BASOLS COMA, pág. 13 (sin sumario).

«Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento», por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, pág. 41.

SUMARIO: I. NOTICIAS DE PRENSA SOBRE RESTOS ARQUEOLÓGICOS: a) NOTICIAS DE PRENSA; b) NOTICIAS POSTERIORES; c) EL CEMENTERIO MUSULMÁN EN ÁVILA; d) ÚLTIMAS NOTICIAS DEL AÑO 2002.—II. ALGUNA JURISPRUDENCIA: a) JURISPRUDENCIA 1987-1998; b) RECIENTE JURISPRUDENCIA 1999-2002; c) JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—III. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO: A) IDEAS GENERALES. B) GLOSA DE LOS ARTÍCULOS DE LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO-ARTÍSTICO, REFERIDOS AL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO, Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: a) *General*; b) *Hallazgo casual y dominio público*; c) *Legislación autonómica sobre comunicación de hallazgo casual*; d) *La suspensión de obras por afectar a inmueble declarado BIC o no, versus suspensión por hallazgo casual de restos arqueológicos*; e) *La legislación autonómica y suspensión en el hallazgo casual. Premio metálico. Bienes muebles e inmuebles*; f) *Excavaciones autorizadas. Indemnización*; g) *Autorizaciones concretas y planes especiales en la protección del Patrimonio Histórico*; h) *Legislación autonómica sobre planeamiento especial de protección y autorizaciones*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES: A) CARTA ARQUEOLÓGICA; PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y ARQUEOLOGÍA. PGOU DE MADRID. B) CLASES DE BIENES ARQUEOLÓGICOS: DE INTERÉS CULTURAL, ZONA DE SERVIDUMBRE ARQUEOLÓGICA O DE PREVENCIÓN. CATÁLOGOS E INVENTARIOS; SUSPENSIÓN DE OBRAS POR RAZONES ARQUEOLÓGICAS: a) *Registro e inventario*; b) *Restos arqueológicos: de la declaración de BIC a la protección por la presunción de su existencia*; c) *Los supuestos de suspensión de obras particulares*. C) NOTA SOBRE INDEMNIZACIONES: a) *Recapitulación*; b) *Supuestos que potencialmente pueden causar perjuicios. Esquema general*; c) *Jurisprudencia sobre indemnización*; d) *Conclusión*. D) PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y PRIORIDADES.

«Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas», por ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH, pág. 135 (sin sumario).

«Urbanismo, política territorial y marco legal general», por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 199 (sin sumario).

«El estudio de la incidencia ambiental de planes y programas y los informes de análisis ambiental en la Comunidad de Madrid», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 251.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. ANTECEDENTES.—2. ANÁLISIS AMBIENTAL: 2.1. CONCEPTO. 2.2. OBJETO. 2.3. COMPETENCIA. 2.4. PROCEDIMIENTO.—3. ESTUDIO DE LA INCIDENCIA AMBIENTAL: 3.1. CONSULTAS PREVIAS. 3.2. LA OBLIGATORIEDAD DEL ESTUDIO DE LA INCIDENCIA AMBIENTAL. 3.3. CONTENIDO DEL ESTUDIO DE LA INCIDENCIA AMBIENTAL. 3.4. PROCEDIMIENTO: 3.4.1. *Información pública*. 3.4.2. *Propuesta de informe y alegaciones*.—4. INFORME DE ANÁLISIS AMBIENTAL: 4.1. ÓRGANO QUE LO EMITE Y PUNTOS A EXAMINAR. 4.2. PLAZO. 4.3. DESTINATARIO. 4.4. CONTENIDO DE LA DECISIÓN. 4.5. EXIGENCIAS COMPLEMENTARIAS. 4.6. EFECTOS DEL INFORME.—5. ESPECIALIDADES DEL ANÁLISIS AMBIENTAL DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO GENERAL, INCLUIDAS SUS REVISIONES Y MODIFICACIONES: 5.1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO GENERAL EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 5.2. AVANCE: 5.2.1. *Necesidad del Avance*. 5.2.2. *Procedimiento*. 5.2.3. *Documentos a remitir*. 5.3. ESTUDIO DE LA INCIDENCIA AMBIENTAL: 5.3.1. *Contenido general*. 5.3.2. *Contenido específico*. 5.3.3. *Medidas de protección*. 5.3.4. *Informe previo de Análisis Ambiental del Avance*. 5.3.5. *Informe definitivo de Análisis Ambiental del planeamiento general aprobado inicialmente*.—6. RÉGIMEN TRANSITORIO.

Número 201 (Αβριλ–Μαϋο 2003)

«Nivel elevado de protección, ponderación y prevalencia de los intereses ambientales. Estudio jurisprudencial», por JORGE AGUDO GONZÁLEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. MEDIDAS DE PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL, NIVELES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN: 1.1. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL ESTABLECEN NIVELES DE PROTECCIÓN AMBIENTAL QUE SON RESULTADO DE UN JUICIO DE PONDERACIÓN DE INTERESES, DERECHOS Y BIENES JURÍDICOS CONTRAPUESTOS: PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL «VERSUS» DESARROLLO ECONÓMICO. 1.2. LA PREVALENCIA DE LOS INTERESES MEDIOAMBIENTALES Y EL OBJETIVO DE UN NIVEL ELEVADO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL: 1.2.1. *Formulación constitucional del objetivo de un nivel elevado de protección medioambiental*. 1.2.2. *Concreción de los niveles de protección ambiental exigibles en nuestro ordenamiento constitucional*: 1) El nivel de protección exigible por el artículo 45 CE es concretable con base en el contenido ambiental de otros derechos constitucionales. 2) El artículo 45 CE exige que el nivel de protección ambiental sea progresivamente mejorable. 3) Los valores constitucionales, calidad de vida y dignidad de la persona confirman que el nivel constitucional de protección medioambiental ha de ser obligatoriamente elevado.—2. LA PREVALENCIA DE LOS INTERESES AMBIENTALES EN PRUDENCIA: 2.1. ALGUNOS EJEMPLOS SOBRE LA PREVALENCIA PONDERADA DE LOS

INTERESES AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA. 2.2. LA PREVALENCIA EXCEPCIONAL DE LOS INTERESES ECONÓMICOS. 2.3. CONFIRMACIÓN DE LA TESIS DE LA PREVALENCIA DE LOS INTERESES MEDIOAMBIENTALES.—3. LA PREVALENCIA DE LOS INTERESES AMBIENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. CONFIRMACIÓN DE LA TESIS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: 3.1. EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL OBJETIVO DE UN NIVEL ELEVADO DE PROTECCIÓN. 3.2. LA DECIDIDA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS A FAVOR DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.—4. CONCLUSIÓN.

«Alcance de concretas determinaciones de la potestad administrativa urbanística en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», por JOSÉ ANTONIO SEGOVIA ARROYO, pág. 63.

SUMARIO: 1. SOBRE EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO: A) DOCTRINA GENERAL. B) SUPUESTOS CONCRETOS EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—2. FUNCIONALIDAD DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE.—3. CONCRECIÓN DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO URBANO.—4. CESIONES DOTACIONALES: A) SUPRESIÓN DE UNA ZONA VERDE MEDIANTE UN PRETENDIDO REEQUILIBRIO CONSIDERANDO, A TALES EFECTOS, SUELO NO URBANIZABLE PREEXISTENTE. B) CESIÓN DE TERRENOS PARA DOTACIONES PÚBLICAS SOBRE SUELO URBANO NO CONSOLIDADO Y SUELO URBANIZABLE DELIMITADO EN LA LEY 5/1999, DE URBANISMO, DE CASTILLA Y LEÓN.—5. CONFIGURACIÓN Y DESTINO DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO. EJEMPLO DE UNA TORTICERA UTILIZACIÓN DE ESTA INSTITUCIÓN POR EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.

«Licencias urbanísticas y obras públicas: El supuesto-límite de las obras accesorias y complementarias», por JULIA ORTEGA BERNARDO, pág. 89.

SUMARIO: 1. LA DISTINCIÓN ENTRE OBRAS DE «ORDENACIÓN TERRITORIAL» Y OBRAS DE «ORDENACIÓN URBANÍSTICA».—2. EL SUPUESTO DE LAS OBRAS DE REPARACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LAS «OBRAS PÚBLICAS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO».—3. EL SUPUESTO DE LAS OBRAS ACCESORIAS Y COMPLEMENTARIAS.—4. CONCLUSIÓN.

«Algunas referencias al planeamiento de desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», por JOSÉ MARÍA ABAD LICERAS, pág. 101.

SUMARIO: 1. EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA.—2. EL CAMBIO DE PLANEAMIENTO Y SUS POSIBLES EFECTOS INDEMNIZATORIOS.—3. LOS PLANES ESPECIALES AUTÓNOMOS Y DE DESARROLLO.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗΟ ΜΕΡΧΑΝΤΙΑ

N|μερο 246 (Οχτυβρε–Διχιεμβρε 2002)

«El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», por JUAN SANCHEZ-CALERO GUILARTE, pág. 1653.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO: A) LA SOCIEDAD COTIZADA COMO PROBLEMA. B) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DIFICULTAD, LA RELEVANCIA Y LA VIGENCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SOCIAL. C) AUGE Y CAÍDA DE LA CREACIÓN DE VALOR. D) ALGUNAS MUTILACIONES ADICIONALES. E) LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA SOCIEDAD COTIZADA.—II. APUNTE ACERCA DE LA CONSTRUCCIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DE LA CREACIÓN DE VALOR.—III. LA CREACIÓN DE VALOR EN EL MOVIMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE *CORPORATE GOVERNANCE*: A) EL INFORME OLIVENCIA. B) EL INFORME ALDAMA.—IV. LAS INICIALES REACCIONES DOCTRINALES.—V. LA IMPROCEDENCIA DE UNA DEFINICIÓN LEGAL DEL INTERÉS SOCIAL.—VI. CONSIDERACIONES A PARTIR DE LA OPCIÓN DEL INFORME OLIVENCIA: A) INTERÉS SOCIAL Y SOCIEDAD COTIZADA: LA INFLUENCIA DEL MERCADO DE VALORES SOBRE LA GESTIÓN SOCIETARIA. B) LA ADOPCIÓN DE UN MODELO FORÁNEO.—VII. SOBRE ALGUNAS CRÍTICAS Y CIERTOS RIESGOS INHERENTES A LA *SHAREHOLDER VALUE*: A) EL «FRACASO» DE LA SOLUCIÓN FINANCIERA. B) VALOR DE LA ACCIÓN E INCREMENTO PATRIMONIAL. C) EL CRECIMIENTO DEL VALOR A TRAVÉS DE OPERACIONES EXTRAORDINARIAS. D) LA CREACIÓN DE VALOR QUE FAVORECE SÓLO A LOS ADMINISTRADORES. E) OPAS Y CREACIÓN DE VALOR. F) UN APUNTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.—VIII. VALOR PARA EL ACCIONISTA EN CASOS ESPECIALES: A) ENTIDADES DE CRÉDITO. B) SECTORES REGULADOS.—IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«La “Business Judgment Rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho», por HOLGER FLEISCHER, LL. M., pág. 1727.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y ARBITRIO DE LOS ADMINISTRADORES. 2. SUPUESTOS PRÁCTICOS.—II. FUNDAMENTOS JURÍDICO-ECONÓMICOS: 1. EFECTOS ESTIMULANTES EN LAS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD. 2. ESPECIALIDADES DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES. 3. RECONSTRUCCIÓN JUDICIAL DEL ÁMBITO DE DECISIÓN.—III. PANORAMA DEL DERECHO COMPARADO: 1. ÁMBITO JURÍDICO ANGLOSAJÓN: a) *Estados Unidos*; b) *Australia*; c) *Reino Unido*. 2. ÁMBITO JURÍDICO GERMÁNICO: a) *Alemania*; b) *Suiza*; c) *Austria*. 3. ÁMBITO JURÍDICO ROMÁNICO.—IV. PARTICULARIDADES DEL SUPUESTO DE HECHO: 1. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN: a) *Información suficiente*; b) *Ausencia de conflictos de intereses*; c) *Actuar de buena fe*. 2. CAUSAS DE EXCLUSIÓN: a) *Infracciones del deber de fidelidad*; b) *Infracciones legales*; c) *Derroche del patrimonio social*.—V. PERSPECTIVAS DE METODOLOGÍA JURÍDICA: 1. SOBRE EL COMPLEMENTO RECÍPROCO DE LA ECONOMÍA DEL DERECHO Y LA COMPARACIÓN JURÍDICA: a) *De la utilidad de la Economía del Derecho para la comparación jurídica*; b) *De la utilidad de la comparación jurídica para la Economía del Derecho*. 2. SOBRE LOS RESULTADOS CONTRAPUESTOS DE LA ECONOMÍA DEL DERECHO Y LA COMPARACIÓN JURÍDICA.

«Responsabilidad civil de administradores y daños derivados de ilícitos concurrenciales», por FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA, pág. 1755.

SUMARIO: I. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ILÍCITOS CONCURRENTIALES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.—II. BREVE REFERENCIA A LA DENOMINADA «ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ILÍCITOS CONCURRENTIALES».—III. LA DENOMINADA «ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ILÍCITOS CONCURRENTIALES»: 1. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD: CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA. 2. «ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD» Y DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS CONCURRENTIALES.—IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A ADMINISTRADORES DERIVADA DE ILÍCITOS CONCURRENTIALES: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. 2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 3. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 949 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FRENTE A ADMINISTRADORES.—V. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN SUPUESTOS DE DELEGACIÓN DE FACULTADES Y APODERAMIENTOS.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΕΣΤΥΔΙΟΣ ΠΟΛΥΤΙΧΟΣ

Número 119 (Ενερο–Μαρζο 2003)

«Las formas del Poder Constitucional de la Unión Europea», por MIGUEL POIARES MADURO, pág. 11.

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA NORMATIVA: DOS NARRATIVAS. RATIFICACIÓN CONSTITUCIONAL NACIONAL. CONTROL CONSTITUCIONAL NACIONAL DEL DERECHO DE LA UE.—II. EL IMPACTO DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL SOBRE LA NATURALEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO.—III. SEIS CONSECUENCIAS DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO: 1. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO DE LA UE. 2. UN PROBLEMA DE DEMOCRACIA EN LA LEGITIMIDAD PLURALISTA DEL DERECHO DE LA UE. 3. LA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO DE LA UE. 4. COHERENCIA E INTEGRIDAD DEL DERECHO DE LA UE. 5. ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UE. 6. LA NATURALEZA DE LA AMENAZA A LA SOBERANÍA.—IV. LA NATURALEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO: DE LA PRÁCTICA A LA TEORÍA.—V. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRAPUNTUAL: PLURALISMO. COHERENCIA VERTICAL Y HORIZONTAL Y CONSISTENCIA. UNIVERSALIDAD. PREFERENCIA INSTITUCIONAL.—VI. EL FUTURO DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: PREVINIENDO CONFLICTOS CONSTITUCIONALES. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UE Y LA CUESTIÓN COMPETENCIAL.—VII. CONCLUSIÓN: LA FORMA DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO.

«Constitución y orden constitucional en la Unión Europea», por JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, pág. 57.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA UNIÓN COMO SISTEMA FEDERAL SIN CONSTITUCIÓN.—III. LA SINGULARIDAD DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EUROPEO: SU RANGO NORMATIVO Y LEGITIMACIÓN NO NACIONALISTA.—IV. LOS ÁMBITOS A LOS QUE PUEDE REFERIRSE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN: A) EL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN: FINALISMO, CENTRALIZACIÓN Y SUBSIDIARIEDAD. B) LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN.

«La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros», por ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, pág. 81.

SUMARIO: 1. LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS EN EL DEBATE SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1.1. INTRODUCCIÓN. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL DE LA UNIÓN: DEL OLVIDO DE NIZA AL ESTRELLATO DE LA CONVENCIÓN. 1.2. ALGUNAS CUESTIONES ANEJAS A TENER EN CUENTA: (i) *la posible relación inversa entre integración competencial e integración institucional*; (ii) *la diversidad de niveles de integración y de niveles competenciales*; (iii) *y la participación regional como cuestión europea*.—2. EL SISTEMA ACTUAL DE DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS Y SUS PRINCIPALES PROBLEMAS: 2.1. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA COMUNIDAD SEGÚN UN MÉTODO FINALISTA... 2.2. ...QUE HA PERMITIDO HACER AVANZAR EL PROCESO DE INTEGRACIÓN... 2.3. ...PERO QUE RESULTA EXCESIVAMENTE CONFUSO Y COMPLEJO... 2.4. ...Y POCO SUSCEPTIBLE DE CONTROL... 2.5. ...EN EL QUE SE PRODUCEN DESAJUSTES ENTRE LAS MISIONES QUE HOY SE DEMANDAN A LA UNIÓN Y LAS COMPETENCIAS DE QUE DISPONE.—3. PRINCIPALES LÍNEAS DE REVISIÓN DEL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA: 3.1. UN COMPROMISO NECESARIO ENTRE EL MÉTODO FINALISTA Y UNA MAYOR DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES... 3.2. ...QUE DEBE CONSEGUIR UNA MAYOR CLARIDAD Y SIMPLICIDAD DEL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN: (i) *que explicité los principios generales sobre los que se sustenta*; (ii) *que establezca una tipología general de las competencias comunitarias*; (iii) *y que prevea con carácter general los instrumentos jurídicos de actuación y sus procedimientos de adopción*... 3.3. ...MANTENIENDO LA CAPACIDAD DE ADAPTARSE A LAS NUEVAS NECESIDADES DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN, SIENDO AL MISMO TIEMPO LIMITADO Y CONTROLABLE... 3.4. ...Y ADECUADO A LAS MISIONES DE LA UNIÓN EN EL CONTEXTO ACTUAL.

«Los efectos colaterales de la Convención sobre el futuro de Europa en la arquitectura judicial de la Unión: ¿hacia una jurisdicción auténticamente constitucional europea?», por RICARDO ALONSO GARCÍA y DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, pág. 111.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CONVENCIÓN SOBRE EL FUTURO DE EUROPA Y LA AUSENCIA DE UN DEBATE GENERAL SOBRE LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y LA CONSOLIDACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO ÓRGANO RESOLUTORIO DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA.—III. LA INCORPORACIÓN AL TRATADO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, LA ADHESIÓN

DE LAS COMUNIDADES/UNIÓN AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—IV. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LAS COMUNIDADES/UNIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO JURISDICCIONAL.—V. LA «COMUNITARIZACIÓN» DEL TERCER PILAR Y SUS REPERCUSIONES JURISDICCIONALES.—VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA UNA JURISDICCIÓN AUTÉNTICAMENTE CONSTITUCIONAL EUROPEA?

«Una nueva arquitectura judicial para la Unión Europea (la reforma del sistema jurisdiccional de la Unión Europea operada por el Tratado de Niza)», por MARIANO BACIGALUPO SAGGESE, pág. 139.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES: 1.1. EL PROBLEMA: INCREMENTO CONTINUO DEL NÚMERO DE ASUNTOS QUE SE SOMETEN AL TJCE Y AL TPI Y AUMENTO CORRELATIVO DEL TIEMPO PROMEDIO QUE ÉSTOS EMPLEAN EN RESOLVERLOS. 1.2. EL DOCUMENTO DE REFLEXIÓN SOBRE EL FUTURO DEL SISTEMA JURISDICCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA PRESENTADO POR EL TJCE EN MAYO DE 1999. 1.3. UN PRIMER PASO: LAS RECIENTES REFORMAS DE LOS REGLAMENTOS DE PROCEDIMIENTO DEL TJCE Y DEL TPI. 1.4. PROPUESTAS FORMULADAS EN LOS INFORMES Y DOCUMENTOS ELABORADOS POR LA COMISIÓN Y EL TJCE COMO CONTRIBUCIÓN A LA CIG 2000.—2. LA REFORMA DEL SISTEMA JURISDICCIONAL DE LA UE OPERADA POR EL TRATADO DE NIZA: 2.1. REORDENACIÓN DEL BLOQUE NORMATIVO POR EL QUE SE RIGE LA INSTITUCIÓN JURISDICCIONAL COMUNITARIA: SIMPLIFICACIÓN, DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE REFORMA DE ALGUNAS DE SUS PIEZAS. 2.2. UNA NUEVA ARQUITECTURA JURISDICCIONAL PARA LA UNIÓN EUROPEA: 2.2.1. *El TPI como órgano jurisdiccional comunitario constitucionalizado de Derecho Común.* 2.2.2. *Un nuevo tercer grado facultativo de jurisdicción comunitaria: las salas jurisdiccionales.* 2.2.3. *El TJCE como órgano jurisdiccional supremo de la UE.* 2.3. REPARTO DE COMPETENCIAS Y RÉGIMEN IMPUGNATORIO DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR EL TPI Y LAS SALAS JURISDICCIONALES: 2.3.1. *Competencia general del TPI para conocer en primera instancia de los recursos directos.* 2.3.2. *Competencia del TPI para conocer de las cuestiones prejudiciales referidas a materias específicas determinadas en el Estatuto del TJCE.* 2.3.3. *Carácter potencial de las nuevas competencias atribuidas al TPI.* 2.3.4. *Régimen impugnatorio de las Resoluciones dictadas por las salas jurisdiccionales.* 2.3.5. *Reexamen excepcional por el TJCE de las Resoluciones dictadas por el TPI en el ejercicio de su nueva competencia prejudicial y de las que resuelvan los recursos interpuestos contra las decisiones de las salas jurisdiccionales.* 2.4. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA COMPOSICIÓN, LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL TJCE: 2.4.1. *Composición.* 2.4.2. *Organización y funcionamiento.* 2.4.3. *Novedades en lo referente a la función del Abogado General.* 2.5. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA COMPOSICIÓN DEL TPI. 2.6. NUEVAS COMPETENCIAS DEL TJCE: 2.6.1. *En el ámbito del TUE.* 2.6.2. *Nueva competencia potencial en el ámbito del TCE.* 2.7. REFORZAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO EN EL SISTEMA JURISDICCIONAL COMUNITARIO.—3. UN BREVE APUNTE FINAL EN PERSPECTIVA DE FUTURO: ¿HACIA UN NUEVO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA?

«Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de consitucionalidad y convencionalidad», por JAVIER GARCÍA ROCA, pág. 165.

SUMARIO: 1. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL CATÁLOGO.—2. CARACTERÍSTICAS DEL BILL OF RIGHTS DE LOS EUROPEOS.—3. ¿HAY DERECHOS NUEVOS?—4. ¿A QUÉ LLAMA DERECHOS FUNDAMENTALES LA CARTA?—5. VALORACIÓN FINAL.

«Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión Europea», por FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA, pág. 191.

SUMARIO: I. LA LEGITIMIDAD DE LOS PARLAMENTOS EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2. SOBRE EL PARLAMENTO EUROPEO. 3. SOBRE LOS PARLAMENTOS NACIONALES.—II. LA FUNCIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN LA ARQUITECTURA EUROPEA: 1. EL PAPEL DESEMPEÑADO HASTA AHORA POR LOS PARLAMENTOS NACIONALES. 2. LOS TRABAJOS DE LA CONVENCIÓN: A) *Las distintas propuestas manejadas en la Convención*. B) *El Informe Final del Grupo de Trabajo y el Anteproyecto de Tratado Constitucional*.—III. ALGUNAS PROPUESTAS DE FUTURO.—IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo», por BALDOMERO OLIVER LEÓN, pág. 221.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA GÉNESIS DE LA CARTA.—3. LA CARTA EN EL CONTEXTO DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO.—4. LAS POTENCIALIDADES DE LA CARTA: 4.1. LA CARTA Y LA GENERACIÓN DE LAS CONDICIONES PARA UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA. 4.2. LA CARTA EN LA ACTUAL ESTRUCTURA DE LA UNIÓN.—5. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Una perspectiva regional del debate sobre el futuro de Europa», por EDUARDO ROIG MOLÉS, pág. 261.

SUMARIO: 1. LOS ELEMENTOS NOVEDOSOS DEL DEBATE: A) LAS TRADICIONALES REIVINDICACIONES REGIONALES: LA PARTICIPACIÓN INTERNA. B) LAS TRADICIONALES REIVINDICACIONES REGIONALES: LA PARTICIPACIÓN EXTERNA. C) LAS NOVEDADES EN EL DEBATE ACTUAL: DE LA PARTICIPACIÓN A LA GARANTÍA.—2. LAS REGIONES EN EL DEBATE GENERAL SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN: A) EL DEBATE COMPETENCIAL: a) *De la participación a la garantía: la reforma de la distribución competencial desde un punto de vista regional:* a.1) La reforma del artículo 95 TCE: del título finalista a los títulos materiales. a.2) Las exclusiones expresas y las derogaciones de la competencia comunitaria. a.3) Listas, tipos competenciales e instrumentos de actuación. a.4) Limitación de las actuaciones financieras comunitarias y de la coordinación abierta. a.5) Los poderes de ejecución y control de la Comisión. b) *El ejercicio de las competencias: la subsidiariedad y su control:*

b.1) El control político: la actuación de las instituciones comunitarias o la introducción de nuevos sujetos de control en el proceso decisorio comunitario. b.2) El control jurisdiccional: órgano competente, procedimiento y legitimados. B) LOS VALORES Y LOS OBJETIVOS GENERALES DE LA ACTUACIÓN COMUNITARIA: a) *La Carta y la «socialización» de la integración*; b) *Solidaridad territorial y actuaciones de fomento económico: la eventual ampliación competencial de la Comunidad*; c) *Fomento de la diversidad cultural: la política lingüística en y de la Comunidad*. C) LA INTRODUCCIÓN DE LAS REGIONES EN LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS: a) *La garantía «constitucional» de consideración y respeto de las regiones y sus competencias*; b) *El mandato de participación regional en las posiciones nacionales en asuntos europeos*; c) *Las previsiones de consulta y desarrollo de las políticas comunitarias por parte de las regiones*.—3. LAS DEMANDAS REGIONALES ESPECÍFICAS EN LA REFORMA INSTITUCIONAL: A) LA TRANSFORMACIÓN DEL COMITÉ DE LAS REGIONES. B) LA ELECCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO Y LAS CIRCUNSCRIPCIONES REGIONALES. C) EL ACCESO AL TJCE.—4. LA PARTICIPACIÓN DE LAS REGIONES EN LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS: A) EL CONSEJO: PARTICIPACIÓN INTERNA, ARTÍCULO 203 TCE Y POSIBILIDADES DE DIVISIÓN DEL VOTO. B) LA COMISIÓN: LAS CONSULTAS Y LOS ACUERDOS TRIPARTITOS EN EL LIBRO BLANCO SOBRE LA «GOBERNANZA». C) EL PARLAMENTO EUROPEO Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARLAMENTOS REGIONALES.—5. LA PARTICIPACIÓN DE LAS REGIONES EN LA CONVENCIÓN Y EN EL DEBATE SOBRE EL FUTURO DE EUROPA.

«El poder ejecutivo en la UE: Consejo y Comisión», por EDUARDO VÍRGALA FORURIA, pág. 311.

SUMARIO: 1. LA SITUACIÓN ACTUAL: EL PODER EJECUTIVO SALIDO DE NIZA: 1.1. INTRODUCCIÓN. 1.2. EL CONSEJO EUROPEO. 1.3. EL CONSEJO DE LA UE. 1.4. LA COMISIÓN. 1.5. EL PODER EJECUTIVO EN LA FORMA DE GOBIERNO EUROPEA ACTUAL.—2. EL FUTURO: 2004 Y MÁS ALLÁ: 2.1. LO PROBABLE PREVISIBLE. 2.2. LO IMPROBABLE DESEABLE.—3. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

«Aspectos militares de la gestión de crisis en el marco de la PESD», por MASSIMO CORIO, pág. 351.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PREMISA METODOLÓGICA.—II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PESD HASTA NIZA: A) LA DECLARACIÓN DE PETERSBERG. B) EL TRATADO DE ÁMSTERDAM. C) LA DECLARACIÓN DE SAINT-MALÒ. D) EL CONSEJO EUROPEO DE COLONIA. E) EL CONSEJO EUROPEO DE HELSINKI. F) LA CONFERENCIA DE BRUSELAS SOBRE CAPACIDADES.—III. LA PESD DESDE NIZA HASTA HOY: ENTRE CONSEJOS EUROPEOS Y CONVENCIÓN: A) EL CONSEJO EUROPEO DE NIZA Y LA CIG 2000. B) DESARROLLOS POSTERIORES. C) LOS TRABAJOS DE LA CONVENCIÓN.—IV. ASPECTOS INSTITUCIONALES: A) EL COMITÉ POLÍTICO Y DE SEGURIDAD. B) EL COMITÉ MILITAR. C) EL ESTADO MAYOR.—V. LAS MISIONES PETERSBERG Y LA COMPATIBILIDAD DE ÉSTAS CON LA CONDICIÓN DE NEUTRALIDAD DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS.—VI. ASPECTOS FINANCIEROS DE LA PESD.—VII. CONCLUSIONES.

«La política exterior y la proyección externa de la Unión Europea. Impacto de los trabajos de la Convención Europea», por NATIVIDAD FERNÁNDEZ SOLA, pág. 381.

SUMARIO: 1. LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL: 1.1. SITUACIÓN BAJO LA VIGENCIA DEL TRATADO DE NIZA. 1.2. LAS CONSECUENCIAS DE UNA FUSIÓN SUBJETIVA EN LA UE. 1.3. IMPLICACIONES DIPLOMÁTICAS: a) *La representación internacional de la UE*; b) *La fusión institucional del Alto Representante para la PESC y el Comisario de Relaciones Exteriores y su relación con la Presidencia del Consejo*.—2. COMPETENCIAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA; SU INTERPRETACIÓN Y EJERCICIO: 2.1. CONSAGRACIÓN DE LA TENDENCIA REGRESIVA EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA DE RELACIONES EXTERIORES. 2.2. PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA GESTIÓN DE LA PESC.—3. EL IMPACTO DE LA ESTRUCTURA EN PILARES SOBRE LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU COHERENCIA.—4. LA POLÍTICA EUROPEA DE SEGURIDAD Y DEFENSA COMO PARADIGMA DE LAS CONTRADICCIONES DE LA POLÍTICA EXTERIOR EUROPEA.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

«El poder de los impuestos. Hacia un poder tributario europeo», por AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ, pág. 417.

SUMARIO: 1. LA EVOLUCIÓN DE LAS FINANZAS DE LA UNIÓN.—2. LA PROPUESTA MODESTA: A) EL GASTO PÚBLICO HA DE SER FINANCIADO MEDIANTE IMPUESTOS (NO EXPENDITURE WITHOUT TAXATION). B) REPARTO DE LA CARGA FISCAL AJUSTADO A PRINCIPIOS DISTRIBUCIONALES COHERENTES. C) MAYOR FLEXIBILIDAD DEL SISTEMA DE RECURSOS. D) ADECUACIÓN DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN: DEL INTERÉS NACIONAL A LA DECISIÓN POLÍTICA.—3. LA PROPUESTA AMBICIOSA: A) CUATRO ARGUMENTOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA: a) *El principio de justicia distributiva como principio inmanente al orden jurídico comunitario*; b) *La sustancia de la ciudadanía común*; c) *La redefinición de la comunidad de riesgo*; d) *La redistribución, el precio de la civilización europea*. B) UN ARGUMENTO TRIBUTARIO: LA UNIÓN EUROPEA COMO NIVEL POLÍTICO QUE COMBINA LEGITIMIDAD Y CAPACIDAD EFECTIVA DE GRAVAR ALGUNAS BASES TRIBUTARIAS.—4. BREVES NOTAS SOBRE LA FORMA DE LLEVAR A CABO LAS DOS PROPUESTAS.—A MODO DE CONCLUSIÓN.

«El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 447.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REALIZACIÓN PROGRESIVA DE UN ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: A) EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS HASTA 1992: LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL. B) EL TRATADO DE MAASTRICHT Y LA COOPERACIÓN EN LOS ÁMBITOS DE JUSTICIA Y EN ASUNTO DE INTERIOR (JAI). C) EL TRATADO DE AMSTERDAM Y EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA (1997).—III. LOS DESARROLLOS DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN EL MARCO DEL TRATADO CE: A) LOS ÁMBITOS «COMUNITARIOS» DEL ESPACIO DE LIBERTAD,

SEGURIDAD Y JUSTICIA. B) EL MARCO INSTITUCIONAL «COMUNITARIO» DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA. C) LOS RESULTADOS DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN EL PILAR COMUNITARIO HASTA 2002.—IV. LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL PENAL EN EL MARCO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA: A) LOS ÁMBITOS DE LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL POLICIAL Y JUDICIAL PENAL. B) EL MARCO INSTITUCIONAL «INTERGUBERNAMENTAL» DE LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL. C) LOS RESULTADOS DE LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL.—V. LA REFORMA DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: A) LA AMPLIACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA COMO DESAFÍO. B) LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA COMO REFERENCIA. C) LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL Y LAS PROPUESTAS PARA 2004.

«El Libro Blanco sobre la gobernanza», por CARLOS CLOSA MONTERO, pág. 485.

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE GOBERNANZA.—2. LA GOBERNANZA EN LA UE: 2.1. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA UE COMO «SISTEMA DE GOBERNANZA». 2.2. LA PROBLEMÁTICA DE GOBERNABILIDAD/LEGITIMIDAD EN LA UE.—3. LAS PROPUESTAS DEL LIBRO BLANCO: 3.1. EL DIAGNÓSTICO. 3.2. LA MEJORA DE LA GOBERNANZA.—4. UNA CRÍTICA DEL LIBRO BLANCO.—5. GOBERNANZA Y GOBERNABILIDAD EN LA UE.

«Una idea constitucional de la Europa de los ciudadanos», por JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, pág. 505.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) ALGUNAS PROPUESTAS DE TRABAJO PARA LA CONVENCIÓN.—II. LO QUE LOS CIUDADANOS DEMANDAN DE EUROPA.—III. EUROPA COMO PODER DEMOCRÁTICO: A) PODER EJECUTIVO. B) PODER LEGISLATIVO. C) PODER JUDICIAL.—IV. LAS REGIONES Y LOS PODERES LOCALES EN LA UNIÓN EUROPEA.—V. EL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN.—VI. CONCLUSIONES: UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA.

«El proceso de constitucionalización: consideraciones prácticas para la Conferencia Gubernamental de 2004», por MARTIN NETTESHEIM, pág. 521.

SUMARIO: 1. ¿CÓMO ESTÁ ORGANIZADO EL DEBATE INTERNO SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA?—2. ¿CUÁLES SON LOS TEMAS CENTRALES Y LAS PROPUESTAS DE LOS GRUPOS POLÍTICOS DIRIGENTES?

«Un balance de la Presidencia Española de la Unión Europea de 2002», por CHARLES POWELL, pág. 535.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—EL PROGRAMA DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA: ASPECTOS GENERALES.—LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA Y LA «FUNCIÓN DE COORDINACIÓN».—LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA Y LA «FUNCIÓN DE INICIATIVA».—CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΕΣΠΑΝΟΛΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΟ ΧΑΝΘΝΙΧΟ

N|μερο 153 (θυλιο-Διχιεμβρε 2002) (σιν συμαριος)

«L'impedimento di parentela legale nel matrimonio canónico», por FIERO PELLEGRINO, págs. 577-601.

«Supuestos teológico-políticos de la idea de ordenamiento jurídico», por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, págs. 603-648.

«La conformidad de decisiones en el Código de 1983», por JOSÉ LUIS LÓPEZ ZUBILLAGA, págs. 649-703.

«La institucionalización del camino neocatecumenal. Comentario a sus estatutos», por JESÚS BOGARÍA DÍAZ, págs. 705-825.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΘΥΡΣΔΙΧΑ ΔΕ ΧΑΣΤΙΛΛΑ-ΛΑ ΜΑΝΧΗΑ

N|μερο 34 (Αβριλ 2003)

«Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión», por MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ, pág. 11 (sin sumario).

«Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: el Convenio de Roma de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención Interamericana de 1994, sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales», por SERGIO MARÍA CARBONE, pág. 45.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA INTERNACIONAL DEL CONTRATO.—3. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: DIRECCIONES HACIA DONDE PUEDE SER VÁLIDAMENTE ORIENTADA LA ELECCIÓN.—4. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO ESTATAL: LAS POSIBLES INTERACCIONES ENTRE LAS DOS DIFERENTES «FUENTES» NORMATIVAS.—5. LÍMITES A ESTA POSIBLE INTERACCIÓN ENTRE «FUENTES» NORMATIVAS: EN PARTICULAR, LAS NORMAS IMPERATIVAS DE APLICACIÓN NECESARIA.—6. EL ESPACIO RESERVADO A LOS USOS Y A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL.—7. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN RELACIÓN CON EL PAPEL RECONOCIDO A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LOS DOS MODELOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO UNIFORME.—8. LA NORMA DE CONFLICTO DESTINADA A OPERAR EN VÍA SUBSIDIARIA RESPECTO A LA NORMA FUNDADA EN LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

«La responsabilidad de las Administraciones Públicas: una cuestión a revisar», por M.^a LLANOS CASTELLANOS GARIJO, pág. 61.

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN.—B. PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—C. BASES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—D. BASES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.

«Cánones y tarifas en la Ley de Aguas. La modificación del régimen económico del trasvase Tajo-Segura y su repercusión sobre los usuarios de Castilla-La Mancha», por FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, pág. 89.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO: LA LEY DE AGUAS DE 1985, LA REFORMA DE 1999 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 2001: 2.1. TARIFAS PROPIAMENTE DICHAS: PREVIO PRIVADO ENTRE PARTICULARES BAJO CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN: a) *Tarifas de riego*; b) *Tarifas de vertido*; c) *Tarifas de explotación de obras hidráulicas*. 2.2. LAS CONTRAPRESTACIONES A PERCIBIR POR LAS SOCIEDADES ESTATALES DE OBRAS HIDRÁULICAS. 2.3. EXACCIONES DE NATURALEZA TRIBUTARIA: a) *Cánon de utilización de los bienes del dominio hidráulico*; b) *Canon de control de vertidos*; c) *Canon de regulación y tarifa de utilización del agua*.—3. LA REFORMA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA EXPLOTACIÓN DEL ACUEDUCTO TAJO-SEGURA POR LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO DE 2001: 3.1. LA LEY 52/1980, DE REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA EXPLOTACIÓN DEL ATS. 3.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES: a) *La STS de 6 de mayo de 1995: intrascendencia de los errores de cálculo y margen de discrecionalidad del Gobierno*; b) *La STS de 13 de febrero de 1999: convierte en cuota de amortización la parte de la tarifa derivada del coste de las obras, desconociendo su carácter compensatorio*; c) *La STS de 3 de junio de 1999: nulidad de las tarifas exigidas a los regantes de los Llanos de Albacete por transportar a través del ATS los caudales de agua del Júcar que reciben en compensación de las filtraciones del túnel del Talave*; d) *La STS de 28 de diciembre de 1999: nulidad de las tarifas que gravan la derivación de aguas del Tajo y su conducción a través del ATS con destino al Parque de las Tablas de Daimiel y Ciudad Real*; e) *La STS 6 de octubre de 2001: reitera la nulidad de las tarifas establecidas para las aguas derivadas a la cuenca alta del Guadiana a través del ATS*. 3.3. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA EXPLOTACIÓN DEL ATS POR LA «LEY DE ACOMPAÑAMIENTO» DE 2001: a) *Eliminación de las compensaciones que pagan los regantes beneficiarios del ATS en favor de la cuenca del Tajo*; b) *Los regantes de los Llanos de Albacete habrán de pagar tarifas por el agua del Júcar recibida en compensación de las filtraciones causadas por el túnel de Talave*; c) *Coertura legal para las tarifas del trasvase del Tajo a la cuenca alta del Guadiana*.

«Una visión jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la cuestión de los desaparecidos», por JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO, pág. 121 (sin sumario).

«La consignación y el recurso de apelación en la nueva LEC», por SANTIAGO MONTEBLANCO MONTESINOS, pág. 137.

SUMARIO: I. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA CONSIGNACIÓN EN MATERIA DE RECURSOS.—II. ANTECEDENTES

LEGISLATIVOS Y REGULACIÓN EN LA NUEVA LEC.—III. EL RECURSO DE APELACIÓN Y SU INTERRELACIÓN CON EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN.—IV. LA FORMA DE REALIZARLA: OTROS SISTEMAS DIFERENTES A LA CONSIGNACIÓN EN METÁLICO.—V. LA SUBSANACIÓN: 5.1. EL DEPÓSITO COMO EXIGENCIA NECESARIA. 5.2. LA ACREDITACIÓN DEL DEPÓSITO O ASEGURAMIENTO.—VI. EXCEPCIÓN A LA CONSIGNACIÓN: 6.1 LOS BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 6.2. OTRAS EXCEPCIONES.—VII. CONCLUSIÓN.

«Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, jurisdicción internacional y jurisdicción universal», por CARMEN I. TORRES GARCÍA, pág. 157.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO.—II. LA CODIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD.—III. LAS CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD: A) CRÍMENES DE GUERRA: a) *Antecedentes; el desarrollo del ius in bello*; b) *Las violaciones del Derecho internacional humanitario como crímenes de guerra*. B) GENOCIDIO: a) *El surgimiento de la noción*; b) *El Convenio para la prevención y la represión del delito de genocidio de 1948*; c) *Elementos constitutivos del crimen de genocidio*. C) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: a) *Surgimiento y evolución del concepto*; b) *Elementos del crimen contra la humanidad*.—IV. LA PREVENCIÓN DE LA IMPUNIDAD: LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL: A) LOS TRIBUNALES «AD HOC»: a) *El Tribunal para la antigua Yugoslavia*; b) *El Tribunal para Ruanda*; c) *Sierra Leona y Camboya*. B) EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: a) *El principio de complementariedad*; b) *Reglas de atribución de competencia*; c) *Competencia material*. C) LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: a) *La evolución del principio de jurisdicción universal hasta nuestros días*; b) *Crímenes sobre los que puede ejercerse la jurisdicción universal*; c) *Concepción actual: ¿derecho o deber?*—V. CONCLUSIONES.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΘΥΡΕΔΙΧΑ ΔΕ ΧΑΤΑΛΥΝΑ Ν|μepo 2 (2003)

«Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Dret Civil de Catalunya», por CARLES VILLAGRASA ALCAIDE y ANNA MARÍA VALL RIUS, pág. 333.

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ.—II. LES QUESTIONS REGULADES PER LA LLEI 1/2001, DE 15 DE MARÇ, DE MEDIACIÓ FAMILIAR DE CATALUNYA, PER SEU REGLAMENT, DE 14 DE MAIG DE 2002 Y PER L'ORDRE DE 13 DE JUNY DE 2002: 1. LA JUSTIFICACIÓ D'UNA LLEI DE MEDIACIÓ FAMILIAR A CATALUNYA. 2. LES FUNCIONS DEL CENTRE DE MEDIACIÓ FAMILIAR DE CATALUNYA I DELS COLL-EGIS PROFESSIONALS SELECCIONATS LEGALMENT. 3. L'ÀMBIT SUBJECTIU I OBJECTIU D'APLICACIÓ DE LA LEGISLACIÓ DE MEDIACIÓ FAMILIAR. 4. LA PROFESSIONI DE MEDIADOR O MEDIADORA FAMILIAR. 5. EL PROCEDIMENT DE DESIGNACIÓ

DE LA PERSONA MEDIADORA, ELS SEUS DEURES I LES INFRACIONS ESTABLERTES ALS INCOMPLIMENTS. 6. ELS DRETS DE LA PERSONA MEDIADORA. 7. EL DESENVOLUPAMENT DEL PROCEDIMENT DE MEDIACIÓ FAMILIAR. 8. LA MEDIACIÓ FAMILIAR I ELS PROCESSOS JUDICIALS. 9. DEONTOLOGIA. 10. LES CONSEQÜÈNCIES DE LA MEDIACIÓ FAMILIAR.—III. REGULACIÓ DE L'HOMOLOGACIÓ DELS CURSOS DE FORMACIÓ ESPECÍFICA, PER L'ORDRE DE 3 DE JULIOL DE 2002.—IV. A TALL DE CONCLUSIONS.

«Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo ("Bruselas II")», por ALEGRÍA BORRÁS, pág. 361.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL.—II. CARACTERÍSTICAS GENERALES: 1. LA BASE JURÍDICA. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL. 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL.—III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE NULIDAD, DIVORCIO Y SEPARACIÓN LEGAL: 1. LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. 2. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA.—IV. RECONOCIMIENTO DE DECISIONES.—V. VALORACIÓN DEL REGLAMENTO.

«Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código Civil (Ley 36/2002, de 8 de octubre, BOE de 9 de octubre de 2002, núm. 242)», por EDUARD SAGARRA TRIAS, pág. 387.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.—III. MODIFICACIONES MÁS DESTACABLES DEL CÓDIGO CIVIL LLEVADAS A CABO POR LA LEY 36/2002.—IV. ORIGEN Y SENTIDO DE LA MODIFICACIÓN: 1. PROPOSICIÓN PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. 2. PROPOSICIÓN PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL CONGRESO. 3. PROPOSICIÓN PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO FEDERAL DE IZQUIERDA UNIDA.—V. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY Y GAZAPO LEGISLATIVO.—VI. MODIFICACIONES SUSTANCIALES AL ARTICULADO DEL CÓDIGO CIVIL: A) ARTÍCULO 20.1.B). DERECHO DE OPCIÓN. B) ARTÍCULO 22. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA O NATURALIZACIÓN POR RESIDENCIA. C) ARTÍCULO 24. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. D) ARTÍCULO 25. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD DE LOS ESPAÑOLES QUE NO LO SEAN DE ORIGEN. E) ARTÍCULO 26. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. F) PROCEDIMIENTO.—VII. CONCLUSIONES.

«Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», por M.^a ANGELES FÉLIX BALLESTA, pág. 407.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MATRIMONIO SEGÚN EL RITO GITANO.—III. LLAMAMIENTOS A FAVOR DE LOS GITANOS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—IV. RECOMENDACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS.—V. PROBLEMÁTICA DEL PUEBLO GITANO EN

ESPAÑA.—VI. PROPOSICIÓN DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO CELEBRADO CONFORME AL RITO GITANO, DEBATIDA EN LAS CORTES DE ARAGÓN.—VII. CONCLUSIONES.

«La Ley del Jurado: una carrera de obstáculos», por TERESA COMPTÉ MASSACHS, pág. 441.

SUMARIO: I COMPETENCIA OBJETIVA.—II. EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS CONEXOS.—III. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.—IV. LAS CUESTIONES PREVIAS DEL ARTÍCULO 36 DE LA LOTJ. LA CONFUSIÓN DE TRÁMITES.—V. LAS DECLARACIONES EFECTUADAS EN INSTRUCCIÓN Y SU UTILIZACIÓN EN EL JUICIO ORAL.—VI. LA INCORPORACIÓN DE FOTOGRAFÍAS COMO MATERIAL COMPLEMENTARIO DE LA INSPECCIÓN OCULAR O DE LA AUTOPSIA.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΘΥΡΕΔΙΧΑ ΔΕ ΝΑΣΑΡΡΑ

Νῆμερο 34 (θυλιό-Διχτεμβρε 2002)

«El Derecho Agrario Foral Navarro: cuatro elementos para un desarrollo agrario sostenible», por JOSÉ FRANCISCO ALENZA GARCÍA, pág. 9.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. DESCRIPCIÓN DEL ORDENAMIENTO FORAL AGRARIO DE NAVARRA: 1. LAS LEYES FORALES EN MATERIA DE AGRICULTURA. 2. DESCRIPCIÓN SISTEMÁTICA DEL ORDENAMIENTO FORAL AGRARIO DE NAVARRA.—III. FINANCIACIÓN AGRARIA: 1. EL FOMENTO AGRARIO Y SUS NORMAS REGULADORAS EN NAVARRA. 2. EL DESARROLLO RURAL EN EL SECTOR AGRARIO EN NAVARRA: A) *El Programa de Desarrollo Rural de Navarra*. B) *La normativa de aplicación del Programa*. 3. AYUDAS SOCIOECONÓMICAS: A) *Ayudas al cooperativismo*. B) *Ayudas para el trabajo temporal en el sector agropecuario*.—IV. LA REFORMA DE LAS INFRAESTRUCTURAS AGRÍCOLAS: 1. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS AGRÍCOLAS DE NAVARRA: A) *Causas y objetivos de la reforma legal*. B) *Contenido: a) Actuaciones en materia de infraestructuras agrícolas; b) Las medidas de apoyo; c) Las medidas de protección; d) Régimen sancionador; e) La ejecución de las obras de infraestructura agrícola*. 2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA: A) *La concentración parcelaria como elemento básico de las actuaciones en infraestructuras agrícolas*. B) *La concentración parcelaria como potestad pública de reordenación territorial que debe ejercerse a través de un procedimiento complejo o integrado*. C) *El Decreto Foral de actuación en infraestructuras agrícolas: a) Iniciación; b) Tramitación: el Proyecto Básico; c) Terminación: la aprobación de la actuación por el Gobierno de Navarra; d) Efectos*. D) *El procedimiento ordinario: a) Las bases de la concentración; b) El acuerdo de concentración*. E) *El procedimiento abreviado: a) Supuestos en que procede acordarlo; b) Tramitación del procedimiento abreviado y eficacia de los actos adoptados en el mismo*. F) *Los procedimientos de revisión: a) Recursos por discordancias de superficie; b) Recursos contra*

los actos de la concentración parcelaria. G) *Procedimientos de ejecución de la actuación*: a) Un apunte previo sobre la eficacia y la ejecutividad de los actos administrativos en materia de concentración parcelaria; b) Ejecución formal de la actuación; c) Ejecución material de la actuación. 3. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LAS ACTUACIONES EN INFRAESTRUCTURAS AGRÍCOLAS: A) *El sometimiento a evaluación de impacto ambiental de la concentración parcelaria*: a) La incidencia ambiental de las concentraciones parcelarias; b) La legislación de evaluación de impacto ambiental y la concentración parcelaria. B) *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental de las actuaciones en infraestructuras agrícolas*. C) *Efectos de la evaluación de impacto ambiental sobre las actuaciones en infraestructuras agrícolas*: a) Sobre la aprobación de la actuación; b) Sobre la ejecución de la actuación. 4. RECAPITULACIÓN: LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LAS ACTUACIONES EN INFRAESTRUCTURAS AGRÍCOLAS.—V. VÍAS PECUARIAS: 1. EL NUEVO MARCO LEGAL Y EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LAS VÍAS PECUARIAS: A) *Una nueva concepción legal de las cañadas*. B) *La reforzada protección legal de las vías pecuarias*. C) *La salvaguarda de los intereses cañadiegos frente a otros intereses públicos*. D) *Las vías pecuarias como factor de desarrollo rural*. 2. DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO PARADIGMA DE LAS VÍAS PECUARIAS EN NAVARRA: A) *Falta de desarrollo reglamentario de la Ley Foral de Vías Pecuarias de Navarra*. B) *La dispersa y errónea atribución de potestades sobre las vías pecuarias a diversos órganos de la Administración Foral*. C) *Deficiente regulación de algunas potestades públicas sobre las vías pecuarias*: a) La clasificación de las vías pecuarias; b) Otras potestades sobre las vías pecuarias y el régimen de inspección y sanción. 3. DIFICULTADES PARA LA GESTIÓN DE LAS VÍAS PECUARIAS DE NAVARRA: A) *La inexistencia de una planificación global de la gestión*. B) *La debilidad de la organización pública de las cañadas y el papel de la Asociación de Amigos de las Cañadas*.—VI. EXPLOTACIONES GANADERAS EN NÚCLEOS DE POBLACIÓN.—VII. EPÍLOGO. INTENTO DE CARACTERIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO PÚBLICO AGRARIO DE NAVARRA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO PÚBLICO AGRARIO DE NAVARRA.

«Presupuestos jurídico-públicos de las instituciones paraconcursoales», por ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, pág. 63.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL MARCO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD CONSERVATIVA DEL DERECHO CONCURSAL Y EL SALVAMENTO Y SANEAMIENTO PARACONCURSALES.—III. DERECHO CONCURSAL, SECTOR PÚBLICO E INSTITUCIONES PARACONCURSALES.—IV. PARACONCURSALIDAD E INTERVENCIÓN DE EMPRESAS.—V. INSTITUCIONES PARACONCURSALES, SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.—VI. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y ASEGURADORAS.—VII. LAS AYUDAS ESTATALES DE SALVAMENTO Y DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS EN LA UE Y LAS INSTITUCIONES PARACONCURSALES.—VIII. RECAPITULACIÓN CRÍTICA.

«Una aproximación a la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero», por MARÍA AMPARO SALVADOR ARMENDÁRIZ, pág. 99.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS METODOLÓGICOS: LIMITACIONES DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO SECTORIAL PARA REGULAR EL SISTEMA FINANCIERO.—III. OBJETIVOS DE LA LEY 44/2002.—IV. ANÁLISIS DE ALGUNAS NOVEDADES INCORPORADAS POR LA LEY DE MEDIDAS DE REFORMA DEL SISTEMA FINANCIERO: 1. CREACIÓN DE UN SISTEMA UNIFICADO DE COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE VALORES. 2. MODIFICACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN APLICABLE A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO PARA MEJORAR SU COMPETITIVIDAD: A) *Entidades de dinero electrónico: un nuevo supuesto de entidad de crédito.* B) *Cooperativas de crédito: hacia una equiparación de su operativa con el resto de entidades de crédito.* C) *Cajas de Ahorro: un problema político que seguirá abierto.* D) *Modificaciones en el régimen de los establecimientos de cambio de moneda.* 3. CAMBIOS EN LA ORDENACIÓN DE MERCADO DE SEGUROS: A) *Supresión del Organismo Autónomo «Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras» y reforma del régimen jurídico del Consorcio de Compensación de Seguros: incorporación de nuevas funciones.* B) *Modificaciones en la regulación del seguro de responsabilidad civil de circulación de automóviles: transposición de las normas comunitarias.* 4. CREACIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y MODIFICACIÓN DE OTROS: A) *Cédulas territoriales.* B) *Cuotas participativas.* C) *Préstamos de valores por Instituciones de Inversión Colectiva y flexibilización del régimen de garantías.* D) *Otros instrumentos. En especial, medidas de apoyo a las PYMEs.* 5. CREACIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES DE SERVICIOS FINANCIEROS: A) *Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros.* B) *El Defensor del Cliente o Departamento de Atención al Cliente.* C) *Procedimiento para la tramitación de quejas y reclamaciones ante los Comisionados.* 6. ASEGURAR EL BUEN COMPORTAMIENTO DE LOS MERCADOS: UNA PROFUNDIZACIÓN EN LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA: A) *Novedades en materia de honorabilidad, control de la buena organización y reforzamiento de las potestades sancionadoras.* B) *Cambios institucionales: la CNMV.* C) *Control de la transparencia: la reforma de las normas de conducta.* D) *Novedades en la ordenación de la actividad auditora.* 7. ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO SERVICIO PÚBLICO: LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN DE RIESGOS Y LA CREACIÓN DE LA «CENTRAL DE INFORMACIÓN DE RIESGOS» (CIR): A) *A propósito de la naturaleza jurídica de la CIR.* B) *Régimen jurídico aplicable a la actividad de la CIR.*—V. VALORACIÓN FINAL.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΛΑ ΑΣΟΧΙΑΧΙΘΝ ΔΕ ΕΣΧΡΙΒΑΝΟΣ ΔΕΛ ΥΡΥΓΥΑΨ

Ν|μεροσ 7 αλ 12 (θυλιο–Διχιεμβρε 2002).

«Acciones no emitidas», por DANIEL HARGAIN, pág. 291.

«Cesión de partes sociales en cooperativas de vivienda (Ley 13.728, de 17 de diciembre de 1968)», por TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHO COOPERATIVO, pág. 293.

«Grupos de sociedad de responsabilidad. Concordato. Quiebra», por CRISTINA HERDT LÓPEZ, pág. 297.

ΒΟΛΕΤΕΝ ΜΕΞΙΧΑΝΟ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗΟ ΧΟΜΠΑΡΑΔΟ N |μερο 107 (Μαψο Αγοστο 2002)

«Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño», por SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, pág. 427.

«¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de la relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana», por TANIA GROPPI, pág. 481.

«Régimen jurídico de protección interna e internacional de las ballenas», por FAUSTO KUBLI GARCÍA, pág. 505.

«El derecho procesal como sistema de garantías», por ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, pág. 531.

«Consideraciones sobre la ratificación por México del Estatuto de la Corte Penal Internacional», por RICARDO MÉNDEZ SILVA, pág. 559.

«Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos», por JOSÉ OVALLE FAVELA, pág. 587.

«Configuración ética de las nuevas políticas: más allá de los sistemas ideológicos cerrados», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 617.

«Las marcas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte», por ROBERTO ROSAS RODRÍGUEZ, pág. 641.

«Regulación por parte del Derecho Civil español de la responsabilidad extracontractual en el ámbito escolar: evolución legal y situación actual», por VERÓNICA SAN JULIÁN PUIG, pág. 683.

ΡΕΞΙΣΤΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗΟ ΠΥΕΡΤΟΡΡΙΘΥΕΒΟ N |μερο 1 (2003)

«Analysis of the effects of a consumption tax in Puerto Rico», por FRANK E. GUERRA y JOSÉ LUIS BARRIOS RAMOS, pág. 1.

«La revisión del Código Civil en Puerto Rico», por LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, pág. 17.

«Análisis del derecho a la libertad de palabra y prensa, v. El derecho de intimidad de las figuras públicas», por DARIK Y. CRUZ MARTÍNEZ, pág. 29.

- «Cabildeo: ¿Derecho constitucional o subterfugio para la corrupción?», por YANIRÉ BATISTA ORAMA, pág. 47.
- «La planificación y el derecho en la zona costera de Puerto Rico», por SUZETTE M. MELÉNDEZ COLÓN, pág. 67.
- «Ley del libro y fomento de la lectura: un estudio comparativo», por YAMAIRA RIVERA PARÉS, pág. 103.
- «La responsabilidad legal del patrono por los actos de hostigamiento sexual de sus supervisores: recomendaciones basadas en el desarrollo doctrinal», por DANIEL QUILES PUMAREJO, pág. 117.
- «Nueva tecnología, nuevos interrogantes: análisis crítico de la decisión del Tribunal Supremo en Vega Rodríguez y P.R.T.C», por DAPHNE CORDERO GUILLOTY y GRISELLE HERNÁNDEZ ESPINOSA, pág. 135.
- «Representación de las minorías garantizada en los escaños de adición y acumulación», por MARÍA L. ROJAS FABREGAT e ILDEFONSO TORRES RODRÍGUEZ, pág. 153.
- «Análisis sobre la aplicación de las doctrinas de doble exposición y concurso de delitos al artículo 5.02 (G) de la Ley número 22, de 7 de enero de 2000, conocida como Ley de Vehículos y Tránsito de Puerto Rico», por JOSÉ ALBERTO GARCÍA GARCÍA, pág. 169.

ΠΕΣΥΕ ΔΕ ΔΡΟΙΤ ΥΝΙΦΟΡΜΕ

Νῆμερο 4 (2002)

- «Aperçu sur le processus de reformes juridiques en Indonésie (rèsumé)», por SUNARYATI HARTONO, pág. 989.
- «Les principes d'UNIDROIT et le Droit applicable aux contrats commerciaux en Asie du Sud-Est (rèsumé)», por BAYU SETO HARDJOWAHONO, pág. 1005.
- «Les règles d'interprétation en vertu des Principes d'UNIDROIT et les possibilités de les adopter en Droit vietnamien (résumé)», por LE NET, pág. 1017.
- «La réforme du régime des opérations garanties au Vietnam en suivant le modèle du Droit étrange: considérations critiques (résumé)», por MUTO SHIRO, pág. 1031.
- «L'élaboration d'un nouveau Code Civil et d'un code de procédure civile au Cambodge avec l'assistance technique japonaise (résumé)», por MONG MONICHARIYA y TANAKA KAZUKO, pág. 1047.