

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2002



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 42, abril-junio 2002

La Revista Jurídica del Notariado no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Alvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
ALONSO HERREROS, Diego: "Cavilaciones en torno a los Registros de uniones civiles de hecho".....	9
AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José: "El secreto bancario en el ordenamiento jurídico español. Especial consideración del mismo en las relaciones económico matrimoniales y en el derecho de sucesiones".....	33
MARÍN CALERO, Carlos: "De la seguridad jurídica a la garantía económica".....	105
NIETO CAROL, Ubaldo: "La adquisición de participaciones propias".....	153
INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL	
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo:	
"Al que madruga... o lo que se nos viene encima en materia tributaria".....	195
"Leyes 23 y 24/2001, ambas de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002 y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, respectivamente".....	247
PRÁCTICA NOTARIAL	
POU AMPUERO, Felipe: "Testamento vital: declaración de voluntades anticipadas".....	299

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: "Declaración de nulidad de subastas notariales para enajenación de acciones de sociedad anónima pignoradas. Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2000".....	315

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

CORRAL, Carlos y ALDANONDO, Isabel: "Código del Patrimonio Cultural de la Iglesia", EDICE, Madrid, 2001. Por José Luis Álvarez Álvarez.....	335
SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R.: "Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de E. Arroyo i Amayuelas". Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001. Por Andrés Domínguez Luelmo.....	339

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

RENTERÍA AROCENA, Alfonso: "Derecho inmobiliario europeo: tres estudios notariales. I. El deber notarial de consejo en la transmisión de bienes inmuebles. II. Derechos que facultan a su titular para habitar un inmueble. III. La seguridad jurídica en la posesión y transmisión de los bienes inmuebles".....	349

CAVILACIONES EN TORNO A LOS REGISTROS DE UNIONES CIVILES DE HECHO

DIEGO ALONSO HERREROS

Abogado

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** GENERALIDADES Y PROBLEMÁTICA DE ESTOS REGISTROS. **1.** Postulados para la inscripción. **2.** La cuestión de la publicidad. **III.** EL PRIMER REGISTRO EN ESPAÑA: VITORIA-GASTEIZ. **IV.** LOS REGISTROS DE UNIONES CIVILES EN EL DERECHO COMPARADO. **1.** Suecia. **2.** Dinamarca. **3.** Noruega. **4.** Holanda. **5.** Francia.

I. Introducción

Probablemente uno de los temas más discutidos en la actualidad sea el reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas no matrimoniales. La evolución social y las reformas legislativas han ido cimentando una nueva conciencia social en relación con las parejas no casadas, a la vez que ha

impulsado un nuevo fenómeno que desde 1994 se ha extendido por toda la geografía de nuestro país; me estoy refiriendo a los Registros de uniones civiles, una figura tan novedosa como controvertida.

Si durante la década de los ochenta existió un reconocimiento muy concreto, pero escaso y disperso, del fenómeno de la convivencia de las parejas no casadas heterosexuales –sirva como ejemplo la Disposición adicional décima, apartado 2.º de la Ley de 7 de julio de 1981, que modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y fija el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio (1)– en los noventa, el protagonismo lo ha alcanzado la jurisprudencia constitucional. Primero, con la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social, a propósito de la pensión de viudedad para la pareja no casada. Luego, con la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por silenciar al conviviente *more uxorio*, a propósito de la subrogación cuando fallece el arrendatario –a este respecto, la Sentencia 222/92 supuso el reconocimiento de este género de convivencia en el ámbito de protección del artículo 39.1 de la Constitución–. Y más tarde, ha sido, no una sentencia, sino un texto legislativo –la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994– el que reconoció la convivencia homosexual.

En el momento presente, el legislador comienza a ordenar jurídicamente esta materia, produciéndose una intervención normativa en un tema, que si por algo se ha caracterizado desde siempre, ha sido por su anomia y devenir al margen del propio ordenamiento. A falta de una ley estatal sobre parejas no casadas, el máximo exponente de este intervencionismo lo representan siete leyes autonómicas, a saber: la de Cataluña (2), Aragón (3), la Ley Foral navarra (4), la de la Comunidad valenciana (5), la de la Comunidad de Madrid (6), la de Baleares (7) y la del Principado de Asturias (8). Igualmente, otras comunidades autónomas

(1) “Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieren vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios, prestaciones de la Seguridad Social, pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento”.

(2) Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas de Cataluña.

(3) Ley 6/1999, de 26 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre parejas estables no casadas.

(4) Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

(5) Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho.

(6) Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

(7) Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

(8) Ley del Principado de Asturias de Parejas Estables, aprobada por el Pleno de la Cámara celebrado el 17 de mayo de 2002.

–Castilla-La Mancha, Canarias, País Vasco y Andalucía– tienen muy avanzadas sus proposiciones de ley, que pronto se tramitarán como leyes en sus respectivos parlamentos. De esta manera, el Derecho estatal español contiene tan sólo unas normas dispersas que reconocen esta realidad, pero sólo a determinados efectos. Así las cosas, no albergo ningún género de dudas sobre la aprobación futura de una ley estatal sobre parejas no casadas; las que están en vigor, contemplan la figura de los Registros de uniones civiles de hecho, pero en muchos casos, sólo se reconocen efectos a las parejas de hecho inscritas en el Registro de la Comunidad Autónoma; así las cosas, habría que preguntarse qué papel le queda a los Registros creados por las corporaciones locales.

La regulación que en estos momentos se pretende de una materia como las uniones de hecho, de difícil articulación, ocasiona una aporía insuperable: la de las parejas que voluntariamente optaron por una convivencia libre de ataduras jurídicas, y que más tarde pretenden buscar el amparo del Derecho, abandonándose así el concepto de pareja de hecho que pasa a convertirse en pareja de derecho. La aceptación social, doctrinal y jurisprudencial, como opción de convivencia elegida en ejercicio de la libertad individual, en modo alguno puede suponer una equiparación *ipso iure* respecto del matrimonio. No se puede eludir la legislación, y luego pretender que la ley se aplique a la pareja en aquello que le favorezca. Una regulación de *iure* de estas parejas, pero con la intención de continuar siendo parejas de hecho, se me antoja una antinomia difícilmente explicable.

La intervención legislativa supone, básicamente, el nacimiento de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles. Pero si la exégesis para fundamentar una hipotética regulación es conseguir la protección económica de una de las partes cuando cesa la relación, habría que tener exquisito cuidado con la posibilidad de incurrir en un presunto fraude de ley, puesto que se darían unos efectos muy similares a los del matrimonio, pero a través de una institución diferente.

Si las uniones civiles de hecho y su problemática regulación, se enfrentan al muro infranqueable de la contradicción, una de sus muchas ramificaciones como fenómeno global ha venido a sembrar la polémica: me estoy refiriendo a los llamados Registros de uniones de hecho. Un instrumento caracterizado por dos cuestiones primordiales: la primera, servir como elemento probatorio, y, la segunda, su falta de cobertura legal, lo que les hace ser un medio meramente testimonial.

Precisamente uno de los mayores obstáculos con que tropiezan las uniones de hecho es la dificultad que existe a la hora de probar su existencia, un inconveniente que se ha intentado paliar con la creación de estos Registros. Sin embargo, lo que ha acaecido ha sido la aparición de

nuevos interrogantes; uno, si con ellos queda resuelto el peliagudo tema de la prueba; y dos, si quienes crean estos Registros tienen realmente competencia para hacerlo. La experiencia está demostrando que los controles que se exigen en estos Registros son claramente insuficientes, dando lugar en muchos casos a situaciones que simulan una convivencia de hecho con el fin de alcanzar determinados beneficios, por lo general, de índole económico. Desde el punto de vista práctico, el certificado de convivencia expedido por el funcionario encargado del propio Registro, suele perseguir situaciones tales como: solicitar la nacionalidad española por residencia, regularizar la titularidad de viviendas de promoción pública, aplazamiento del cumplimiento de la prestación social sustitutoria por sostenimiento de las cargas familiares, etc. A pesar de todo, se estima que unos 200 Ayuntamientos han abierto Registros de parejas de hecho, que permiten a este tipo de uniones gozar de ciertos derechos. En la mayoría de los casos los solicitantes son solteros, sobrepasando el 60%; en segundo lugar, están los divorciados y separados, alrededor del 10% cada uno de ellos; y finalmente los viudos, que no llegan al 5%. Las uniones homosexuales se sitúan entre un 10% y un 15%.

La constitucionalidad de tales Registros estribaría en considerar que carecen de efectos civiles. Tan sólo producirían publicidad de la declaración conjunta de la pareja que ha manifestado su unión de hecho, sin hacer prueba sobre la veracidad de dicha declaración. La creación de estos Registros por las Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas, exudan el marco constitucional.

Pero retomando lo que decía con anterioridad, en el origen de estos Registros palpita una cuestión testimonial, a saber: la negativa a conceder, por parte del Tribunal Constitucional, una pensión de viudedad a uno de los integrantes superviviente de una pareja de hecho que había convivido maritalmente durante 55 años, en la Sentencia 66/1994, de 28 de febrero, no fue bien acogida por muchos, que lo consideraron como algo injusto. No tardaron en sucederse Plenos municipales dispuestos a aprobar la constitución de Registros municipales de uniones de hecho, sin reparar demasiado en la cuestión de si tenían o no competencia para hacerlo. El pionero en la materia fue, como de todos ya es conocido, el Registro de Vitoria-Gasteiz.

II. Generalidades y problemática de estos Registros

El reconocimiento progresivo de derechos a las parejas de hecho, y una mayor sensibilidad social, han propiciado toda una retahíla de Registros, creados tanto en el ámbito autonómico como en el local. Uno de los

asertos argüidos para su creación ha sido procurar la no discriminación social de las uniones de hecho en virtud del artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, como dice BERCOVITZ, “no parece discriminatorio entender que, como regla general, quien no se acoge a la institución matrimonial quede excluido del sistema de protección previsto para el matrimonio, sin que ello suponga atentado alguno al libre desarrollo de la personalidad de quienes realicen semejante opción; sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con nuestra Constitución, el legislador español ha previsto un sistema matrimonial respetuoso con la libertad individual e igualdad de los cónyuges” (9).

Lo primero que habría que advertir en ellos sería su naturaleza; ciertamente no es jurídica, como la que tienen, en cambio, el Registro Civil, el Mercantil y el de la Propiedad; sino administrativa. La diferencia estriba en que en estos últimos, los registradores controlan y califican el cumplimiento de las normas sobre el registro y también las de carácter privado que regulan las relaciones publicadas generadoras de derechos y obligaciones (10).

Esto ha planteado también la duda de si un municipio está investido de la potestad necesaria para crear un Registro de la naturaleza anterior; la cuestión no es pacífica; los que se decantan por una respuesta positiva, apelan al artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece: “El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. Por contra, los que creen que los municipios no pueden crearlos (11), invocan el artículo 149.1.8 de la Constitución (12) referente a la competencia

(9) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las parejas de hecho”, *Ar. Civ.*, 1993-1, p. 1835.

(10) Vid. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “El principio de igualdad jurídica en las diferentes opciones legislativas relativas a la situación de la pareja de hecho: aspectos probatorios. Registros y otras formas de salvaguarda”, en *El Derecho Europeo ante la pareja de hecho* (coordinado por VILLAGRASA ALCAIDE), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 170.

(11) Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., “Las nuevas familias: las uniones de hecho, régimen jurídico”, en *El Derecho y los servicios sociales* (coordinado por GARCÍA VILLALUENGA), Comares, Madrid, 1997, p. 112.

(12) “El Estado tiene competencia absoluta sobre las siguientes materias: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

exclusiva (13) del Estado central en la legislación civil; un artículo, este último, considerado superado por muchos y que sistemáticamente se ha visto incumplido.

Particular atención merece el alcance que estos Registros están llamados a tener en el plano del derecho, así como la determinación de su eficacia práctica en el plano de la realidad cotidiana.

1. Postulados para la inscripción.

Los Registros de uniones civiles acostumbran a fijar una serie de postulados, que deberán ser de obligado cumplimiento para todas aquellas parejas que deseen inscribirse. Así por ejemplo, tendrán acceso tanto las declaraciones de constitución de una convivencia no matrimonial entre parejas, sean de igual o de distinto sexo, como la transcripción de los contratos por los que se rijan las relaciones patrimoniales de los integrantes de esas parejas. También acceden al Registro las declaraciones de finalización de la unión, si bien no se establece la obligatoriedad de la comunicación para que se cancele el asiento de constitución, con lo que podemos encontrarnos con la situación paradójica de que, la pareja que en su día decidió formalizar su convivencia a través de la inscripción, transcurrido el tiempo, haya extinguido la vida en común pero no lo haya puesto en conocimiento del propio Registro. De esta forma se produciría una asimetría entre la realidad del Registro y la realidad de la ya, ex-pareja de hecho. Ciertamente, no me parece acertado que la cancelación pueda ser solicitada por uno solo, sin que se entere la otra parte, salvo fallecimiento.

Para practicar la inscripción deberán comparecer conjuntamente los dos miembros de la unión, no permitiéndose su comparecencia por separado ni la comparecencia de uno solo. Los comparecientes deberán ser mayores de edad o en todo caso, menores emancipados. No podrán ser parientes entre sí por consanguinidad o adopción en línea recta, ni por consanguinidad en segundo grado colateral. También se exigirá el empadronamiento en el Municipio del Registro de, al menos, uno de sus miembros. La extinción, además de no ser obligatoria, podrá comunicarla cualquiera de los convivientes, no siendo necesario que lo hagan conjuntamente.

Otro de los requisitos exigidos para la inscripción, es no figurar inscrito en otro registro semejante, algo cuya comprobación se me antoja imposible, desde el momento en que no se plantea ninguna intercomunicación entre registros. Aquí no existe como en otras materias, por ejem-

(13) Vid. CANTERO NÚÑEZ, F. J., "Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho", *RDP*, 1995, p. 224.

plo las franquicias, un Registro Central con el que en teoría deberían comunicarse los Registros que se crean en las Comunidades Autónomas. Si realmente se quiere potenciar las uniones de hecho, o bien se abre el Registro Civil, o bien se articula un Registro de ámbito nacional en el que se puedan inscribir, salvo que conste otra inscripción anterior (14); en principio podría haber una presunción de lo inscrito y negativa respecto a lo no inscrito. Cuando el reto comunitario aborda la creación de un espacio jurídico común, el Registro nacional podría ser el embrión de un futuro Registro europeo de uniones civiles de hecho.

Pero no nos engañemos, si frente a la dispersión de Registros de este tipo, y su aumento cuantitativo, se impone, a mi modo de ver, la unificación, la creación de estos Registros y el reconocimiento de ciertos beneficios a las parejas inscritas, provocaría otro tipo de problemas, a saber: la discriminación entre las parejas inscritas y las que no lo están, con lo que el legislador estaría forzando contra natura, la formalización de las parejas de hecho.

Por último, la ausencia de vínculo matrimonial para poder practicar la inscripción, es causa que imposibilita el acceso de personas separadas de hecho o judicialmente, o que estén tramitando su divorcio.

2. La cuestión de la publicidad.

La publicidad se restringirá a las certificaciones de los asientos, que sólo se emitirán a instancia de los miembros de la unión de hecho o de los jueces. Es decir, la publicidad queda limitada exclusivamente a las peticiones mencionadas; ¿por qué razón?; a priori, para preservar el derecho a la intimidad de los inscritos. Pero este oscurantismo no será ninguna ayuda para el supuesto de que terceras personas desconocieran la existencia de esa unión. En el matrimonio inscrito en el Registro Civil, la publicidad se puede obtener a través de la manifestación y examen de los libros (15), y también por medio de las certificaciones (16) solicitadas por todos aquellos que tengan interés en conocer los asientos, con la excepción de los supuestos de publicidad restringida (17) que requerirán de una autorización especial.

El valor que tienen las certificaciones expedidas por estos Registros, no puede equipararse al de una prueba plena, sino más bien, al de alguno de los medios sometido a la libre consideración por parte de jueces y

(14) Vid. VENTOSO ESCRIBANO, A., "Convivencia more uxorio". *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1999, p. 298.

(15) Cfr. artículo 6 LRC.

(16) Cfr. artículos 7 LRC y 17 a 34 RRC, sobre las certificaciones del Registro.

(17) Artículo 21 RRC.

tribunales. Entre los cometidos que tienen las personas encargadas de los Registros administrativos de uniones civiles, no figura averiguar la veracidad de los hechos manifestados, pudiendo así, generarse una duda sobre la veracidad de los datos presentados, lo que ocasiona un paso atrás importante en la credibilidad de estos Registros, al arrojar sombras de una inseguridad preocupante (18).

En esta misma línea, hay que afirmar que las certificaciones de los Registros administrativos de uniones de hecho, nada prueban en aquellos casos en que uno de los convivientes tenga una pretensión frente a un tercero, como pueda ser la subrogación en el arrendamiento habiendo fallecido el arrendatario, compañero suyo en la unión: no tendrían fuerza frente a terceros (19).

En suma, la inscripción en un Registro de uniones civiles no acaba con el problema de la incertidumbre jurídica; entre otras cosas, porque no se ha impuesto la obligación de inscripción para todas las parejas de hecho, ya que dicha obligación convertiría a las uniones de hecho en uniones de derecho; y porque además, se crearía un doble rasero entre ellas: las que están inscritas y las que no lo están; una distinción que han seguido las legislaciones de los países del norte de Europa. La inscripción es ante todo voluntaria, y los problemas existentes en esta materia, antes de la creación de los Registros, son miméticos de los que se plantean ahora. Como contraposición a la inscripción de las uniones de hecho, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil consigue privilegios probatorios del acta, publicidad frente a terceros, y soporte registral para las anotaciones que correspondan por razón del matrimonio (20).

III. El primer Registro en España: Vitoria-Gasteiz

El ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tiene el “honor” de haber sido la primera corporación local que creó un Registro de esta naturaleza en España (21). En el Decreto se justifica su creación apelando a la obligación que tienen todos los poderes públicos de promover los principios constitucionales de libertad e igualdad de todos los ciudadanos, a fin de pro-

(18) Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *op. y loc. cit.*

(19) Vid. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La prueba de la unión de hecho”, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor Dr. Enrique Casas Barquero*, Área de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 227.

(20) Vid. DURÁN RIVACOBA, R., *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 391 y ss.

(21) Decreto de la Alcaldía de Vitoria-Gasteiz de 28 de febrero de 1994, publicado en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava*, n.º 3, de 11 de marzo de 1994.

curar su traducción práctica en nuestra sociedad, para no quedarse en meros principios teóricos y por ende, en mera declaración de intenciones. Sin embargo, cuando se habla de igualdad y de trato no discriminatorio, habría que recordar lo que recientemente –Sentencia de 26 de febrero de 2002 (22)– ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “un trato diferente es discriminatorio, si falta una justificación objetiva y razonable para el mismo”. En conclusión, no todo trato diferente es, necesariamente, discriminatorio.

Se alude al matrimonio como la manifestación histórica, y por tanto, tradicional, de la unión afectiva y estable, pero al mismo tiempo, se aboga por otros modelos de convivencia en comunidad estable de vida, al margen del matrimonio, que deberán gozar de idéntica protección social, económica y jurídica que este último, con el fin de hacer realidad los principios constitucionales antes aludidos. Incluso se da un paso más, al incluir dentro de esta protección e igualdad a las parejas del mismo sexo, víctimas según el preámbulo del Decreto, de criminalización unas veces, y de silencio en nuestro ordenamiento jurídico, otras.

La respuesta fragmentaria y tímida desde el punto de vista legal y judicial que desemboca en una desprotección jurídica y en clamorosas injusticias, han sido el detonante para que en el ámbito de la Administración Municipal se oferte un medio que restablezca la igualdad y la protección social, económica y jurídica de las uniones no matrimoniales. Este instrumento será un Registro de carácter administrativo que se regirá por lo establecido en el propio Decreto (23).

El objeto de inscripción (24) son las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales entre personas del mismo o diferente sexo, así como su extinción, sin reparar en la causa de la misma. También podrán acceder al Registro mediante una transcripción literal, aquellos contratos

(22) La Sentencia consideró que la justificación presentada por el Estado francés para denegar la autorización para la adopción a un ciudadano francés soltero y homosexual es objetiva y razonable y la diferencia de trato con otras personas, no supone una discriminación en el sentido del artículo 14 de la Convención de Defensa de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

(23) Cfr. artículo 1 del Decreto: “Se crea en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz el Registro Municipal de Uniones Civiles, que tendrá carácter administrativo y se regirá por el presente Decreto y demás disposiciones que puedan dictarse en su desarrollo”.

(24) Cfr. artículo 2, n.º 1, 2 y 3: “1.– En el Registro Municipal de Uniones Civiles se inscribirán las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales de convivencia entre parejas, incluso del mismo sexo, así como las de terminación de esa unión, cualquiera que sea la causa.

2.– También se podrá inscribir, mediante transcripción literal, los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de esas uniones.

3.– Asimismo podrán inscribirse otros hechos o circunstancias relevantes que afecten a la unión extramatrimonial”.

que regulen las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de la pareja, así como cualquier circunstancia que afecte a la unión.

Para practicar la inscripción (25) se exige la comparecencia conjunta y personal de los miembros de la pareja ante el funcionario encargado del Registro, teniendo que concurrir los siguientes requisitos: ser mayores de edad o menores emancipados, no haber sido declarados incapaces, no ser parientes entre sí por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral, y por último, estar empadronado, por lo menos uno de sus miembros, en el Municipio de Vitoria-Gasteiz. No podrá inscribirse aquel compareciente afectado por anomalías psíquicas o quien hubiere sido declarado incapaz para contraer matrimonio.

La publicidad de este Registro (26) se constriñe a las certificaciones de asientos, solicitadas exclusivamente por cualquiera de los integrantes de la unión interesada, de jueces o de Tribunales de Justicia. Por otra parte, en un polémico artículo 5, se equiparan las uniones no matrimoniales inscritas con el mismo tratamiento jurídico y administrativo de las uniones matrimoniales.

La estructura interna del Registro es la siguiente: habrá un Libro General, compuesto por hojas móviles, foliadas y selladas, en el que quedarán plasmadas todas las inscripciones vistas con anterioridad. La primera inscripción de cada pareja es la básica, y al margen de ésta, figurará todo asiento posterior relativo a esa unión. Existirá además, un Libro Auxiliar en el que figurarán el número de las páginas del Libro General en las que haya anotaciones que afecten a los inscritos; este Libro estará ordenado por apellidos. Ya por último, reseñar que tanto las inscripciones que se practiquen, como las certificaciones que se expidan, serán gratuitas.

A modo de resumen, se podrían señalar como características de este Decreto las que enumero a continuación:

1. Flexibilidad al aceptar cualquier opción sexual, incluida, por tanto, la del mismo sexo.

(25) Cfr. artículo 3: "Las inscripciones que puedan practicarse en el Registro Municipal de Uniones Civiles, lo serán a instancia conjunta de los dos miembros de la unión no matrimonial, que deberán ser mayores de edad o menores emancipados, no estar declarados incapaces y no ser entre sí parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral. Al menos uno de los miembros de la unión deberá estar empadronado en el Municipio de Vitoria-Gasteiz.

Solamente las inscripciones que hagan referencia a la extinción de la unión civil, podrá efectuarse a instancia de uno solo de sus miembros".

(26) Cfr. artículo 4: "La publicidad del Registro Municipal de Uniones Civiles quedará limitada exclusivamente a la expedición de certificaciones de sus asientos a instancia de cualquiera de los miembros de la unión interesada o de los Jueces y Tribunales de Justicia".

2. Simplificación a ultranza del procedimiento de inscripción.
3. Publicidad restringida de los asientos del Registro.
4. Posibilidad de descoordinación entre la realidad registral y la extrarregistral.
5. Ausencia de cualquier investigación sobre la veracidad de la declaración expresada por la pareja.
6. Empadronamiento unilateral.
7. Extralimitación en la concesión gratuita de efectos, equiparando las uniones no matrimoniales inscritas a las uniones matrimoniales.

El elemento subjetivo de la inscripción, se restringe a las parejas no matrimoniales tanto heterosexuales como homosexuales, lo cual supone una de las principales novedades en la constitución de esta clase de Registros. Su justificación estriba en el principio de igualdad en relación con las parejas heterosexuales, si bien se critica el carácter congénito que se otorga a la orientación sexual. Sí parece plausible que este tipo de parejas, que no son consideradas como *more uxorio* al no cumplir el requisito de la heterosexualidad, dispongan de un instrumento que recoja su existencia, puesto que hoy en día y en España, no pueden acceder al matrimonio, aunque paradójicamente, el porcentaje de estas parejas inscritas, es mínimo.

En cuanto a los requisitos exigidos para inscribirse, quisiera hacer las siguientes consideraciones: el requisito de la mayoría de edad, o el de ser menor emancipado, supone un calco de lo exigido para contraer matrimonio (27); como lo es también, exigir en caso de anomalías psíquicas, un dictamen médico (28) referente a su aptitud. Sin embargo, llama la atención que no se establezca como causa para impedir el acceso al Registro, la subsistencia de un vínculo matrimonial o de otro registral, tal y como hacen expresamente los Registros de otros países de Derecho comparado, basándose en la más elemental seguridad jurídica. También me sorprende el requisito del empadronamiento unilateral; no se entiende muy bien cómo una pareja de hecho puede inscribirse residiendo en distintos domicilios; tal vez sería más afortunado exigir el empadronamiento bilateral.

(27) Cfr. artículo 46 del C.c.: “No pueden contraer matrimonio:

1.- Los menores de edad no emancipados.

2.- Los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

(28) Cfr. artículo 56 del C.c.: “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Pero, sin duda, el artículo del Decreto que ha suscitado el mayor número de críticas, ha sido el número 5, ya que la competencia para legislar en el ámbito civil, y por tanto, para otorgar derechos y obligaciones, es potestad exclusiva del Estado, con la salvedad de las Comunidades Autónomas que tuvieran un Derecho Civil propio en el instante de la entrada en vigor de la Constitución, en cuyo supuesto, tendrán capacidad suficiente para poder legislar a través de su Parlamento. Se colige del Decreto, no sólo la creación de un Registro administrativo, sino el otorgamiento unilateral de toda una serie de consecuencias jurídicas a las uniones no matrimoniales que consten en él. En esta equiparación hay, pues, dos limitaciones: la primera, el ámbito territorial, que será el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, lo que excluye de la equiparación a las uniones no pertenecientes a dicho territorio; y la segunda, la distinción entre parejas inscritas y no inscritas, dotando a la inscripción de un supremo valor constitutivo (29).

Ciertamente, el artículo 5 del Decreto invade la parcela legislativa reservada al Estado, ya que, es a éste, y no a los Ayuntamientos, a quien compete mediante ley, decidir sobre los efectos jurídicos de las uniones no matrimoniales. Bien entendido que la eficacia jurídica que puedan tener las parejas de hecho arranca del hecho intrínseco de su propia existencia y será establecida por el legislador estatal, pero en ningún caso tendrá su nacimiento en una inscripción obligatoria, puesto que ello acarrearía una discriminación entre las parejas inscritas, que gozarían de la suerte de efectos jurídicos, y las que siendo igualmente parejas de hecho, pero que huyendo de cualquier formalismo no estarían interesadas en inscribirse, en cuyo caso no tendrían relevancia desde el punto de vista jurídico. Bien distinto es la necesidad de probar la existencia de una unión no matrimonial, para lo que el Registro puede servir de medio canalizador de dicha prueba, facilitándola. Sin embargo, ello no quiere decir que unos Registros como los que estoy analizando, sean imprescindibles para tal fin, ya que existen otros medios de prueba que pueden servir perfectamente para la misma finalidad.

Corolario de lo expuesto es que, desde el punto de vista legal, se vulnera el principio de jerarquía normativa, al ir, el artículo analizado, contra lo dispuesto en otra norma de rango superior, en este caso el artículo 149.1.8 de la Constitución, y porque además, se viola lo preceptuado en los artículos 1 y 2 de la LRC al convertir esa equiparación en una regulación paralela de un presunto estado civil: el de las uniones de hecho inscritas. Pero además, desde el prisma jurisprudencial, esa equiparación

(29) *Vid.* MORENO VERDEJO, J., "Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales", *RGD*, 1994, p. 12547.

choca frontalmente con la doctrina del Tribunal Constitucional, patente en reiteradas Sentencias, entre ellas, las siguientes: 184/1990; 29, 31, 35, 38 y 77, todas del año 91; 222/1992; 29/1992. En todas se niega que matrimonio y convivencia extramatrimonial sean realidades equivalentes a todos los efectos.

De otra parte, no está de más recordar que la unión de hecho no otorga derechos y obligaciones por la mera inscripción (30), si bien, ésta, tendrá eficacia como prueba de la unión, y a partir de ahí, como elemento eficaz que fija su nacimiento y llegado el caso su extinción (31). Las consecuencias jurídicas de la convivencia no matrimonial, no deberían conectarse ineludiblemente con el hecho formal de la inscripción, aunque no puede desconocerse que la inscripción registral supone una presunción de hecho, que no jurídica (32), favorable de su existencia, abierta a la posibilidad de prueba en contrario por parte de quien niegue su existencia (33).

En relación con los contratos que establecen las pautas para regir tanto las relaciones personales como las patrimoniales, se plantea la duda de si la entrega a un funcionario público supone investirlos de forma auténtica con arreglo a lo establecido en el artículo 1.227 del C.c. (34). Pues bien, teniendo en cuenta que estos documentos privados pueden afectar a terceros, y que la naturaleza del Registro es administrativa —la publicidad es restringida limitando su eficacia frente a terceros— la respuesta debiera ser negativa, a fin de no perjudicar a terceros.

IV. Los Registros de Uniones Civiles en el Derecho Comparado

Analizado el panorama nacional, ilustraré al lector con un breve análisis de la normativa de otros Estados europeos. En este capítulo realizaré un recorrido principalmente por aquellos países escandinavos que han sido los más precoces a la hora de regular el Registro de parejas de he-

(30) Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., "Aspectos jurídicos no civiles de las parejas de hecho", *RFDUC*, Madrid, 1997, pp. 66 y ss.

(31) Vid. PÉREZ BERAATEGUI, J. I., *Los registros municipales de uniones civiles en especial el de Vitoria*, Tapia, 1995, p. 76.

(32) Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., "La institucionalización jurídica de la pareja. Registro de parejas de hecho", en *Las uniones de hecho* (coordinado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Jerez de la Frontera, 1995, p. 64; GARCÍA VILLALUENGA, L., *op. y loc. cit.*, p. 68.

(33) Vid. REINA BERNÁLDEZ, V. y MARTINELL, J. M.^a, *op. y loc. cit.*, p. 37.

(34) Cfr. artículo 1.227 del C.c.: "La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio".

cho; en concreto Suecia, Noruega, Dinamarca y Holanda. Y también haré una mención específica de Francia. Todos ellos han sido particularmente sensibles a esta forma de convivencia, con una gran significación social, tratando en lo posible de disciplinarla, ahuyentando el rancio principio napoleónico de ignorar a todos aquellos que osaban no refugiarse bajo el paraguas protector del Derecho (35).

A diferencia de lo acaecido en España, los Registros creados en los países mentados, únicamente permiten la inscripción de parejas del mismo sexo, es decir, de aquellas que no pueden casarse en la mayoría de los Estados europeos, con alguna excepción.

1. Suecia.

Con el fin de paliar, en la medida de lo posible, los problemas que surgían a raíz de la cohabitación no matrimonial, el legislador sueco intensificó la elaboración de una serie de leyes de Derecho matrimonial. Hasta que dio este paso, la cuestión acerca de si debía imponerse una normativa que entrañase derechos y obligaciones a unas parejas que precisamente huían de todo ese formalismo, no fue pacífica. Finalmente, se arguyó que era de justicia ayudar y proteger a los más indefensos en este tipo de situaciones, siendo absolutamente necesario dictar una serie de normas al respecto, pero, al mismo tiempo, repudiando la intención de crear un matrimonio de segunda clase como se hizo en el Derecho romano.

Frente a la opción de dejar sin regular la pareja de hecho, Suecia, inició en los años setenta y culminó en los ochenta, un cúmulo de reformas (36) de Derecho matrimonial, referidas a los problemas que podían plantearse a propósito de la convivencia de hecho (37). Fue así como se promulgaron la Ley del hogar común de cohabitantes extramatrimoniales en 1987, que entraría en vigor el 1 de enero de 1988 (38), la Ley de co-

(35) "Si los concubinos ignoran la ley, la ley debe ignorar a los concubinos." Sin embargo, esta ignorancia era sólo parcial, ya que no regía a la hora de imponer penas civiles o penales.

(36) Frente a la unión matrimonial, sometida a requisitos de capacidad, consentimiento, forma, publicidad, los países escandinavos agrupados en el Consejo nórdico, redactaron informes que sirvieron ya en la década de los sesenta de base a las deliberaciones comunes tendientes a reformar el Derecho de familia. Vid. FOSAR BENLLOCH, E., "La Constitución española de 1978 y la unión libre", *RJC*, 1982, pp. 96 y 97.

(37) Vid. MARTÍN CASALS, M., *op. y loc. cit.*, p. 1765.

(38) En ella se regula exclusivamente el destino de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico comunes, dejando sin normativizar las relaciones patrimoniales y personales entre convivientes. Los parámetros que postula son los siguientes:

1.- Evitar la formación de un matrimonio de segundo orden tal como sucedió en el Derecho romano.

habitantes homosexuales, también de 1987, en la que se otorga a las parejas del mismo sexo la misma protección normativa que a las parejas heterosexuales, en cuanto a vivienda y enseres comunes, rectificando lo prescrito en la anterior ley de cohabitantes extramatrimoniales, y conteniendo además, una enumeración de las normas legales que se aplicaban exclusivamente a las parejas de diferente sexo que cohabitan, y que a partir de este momento pasarán a aplicarse también a “dos personas que vivan juntas en una relación homosexual (39)”. Es, por tanto, una ley minimalista, aplicable exclusivamente a este tipo de parejas que gozan de la misma protección jurídica que los heterosexuales en cuanto a la vivienda y enseres.

Pero sin duda la ley que ha tenido una profunda significación por lo que representa, ha sido la Ley de Registro de la Pareja de Hecho de 23 de junio de 1994, que entró en vigor el 1 de enero de 1995. Está dividida en tres capítulos, a saber: el primero referido al registro en sí mismo; el segundo, relativo a las formas de disolución de la pareja, y el tercero y último, que versa sobre los efectos legales concedidos a las parejas de hecho inscritas en el registro. Cada capítulo está dividido, a su vez, en secciones. El ámbito de aplicación subjetiva son dos personas del mismo sexo, si bien se establece como condición, que al menos una de ellas sea

2.- Proteger a la parte más débil económicamente hablando.

3.- En el supuesto de fallecimiento de cualquiera de los miembros de la pareja, no se concede ningún derecho al sobreviviente sobre la herencia del premuerto, aunque posee el derecho a la sucesión por testamento.

4.- El ámbito de aplicación de la presente ley serán, una mujer y un hombre no casados, que convivan de manera similar al matrimonio, y que no se encuentren inscritos en el registro.

5.- Se excluyen de su aplicación, las parejas del mismo sexo, las parejas en las que uno de sus integrantes o los dos, esté casado o forme una pareja registrada, con un tercero; también se excluye, la convivencia entre padres e hijos, entre hermanos y entre personas que tengan algún tipo de impedimento para contraer matrimonio y por supuesto, los casos de convivencia simultánea con varias personas.

6.- La finalidad de esta ley es la regulación de casos de convivencia legítima.

7.- Nunca surge una obligación alimenticia entre los cohabitantes, si bien, en la capacidad de pagar la manutención de los hijos de un matrimonio anterior, se tiene en consideración las obligaciones de alimentos frente a un cohabitante que no trabaja, si las partes tienen hijos en común.

8.- Imposibilidad de adoptar niños conjuntamente.

9.- Imposibilidad de tomar el apellido del otro.

Vid. NUMHAUSER-HENNING, A., “La cohabitación extramatrimonial en el derecho civil sueco: sistema de protección legal a las parejas de hecho”, en *El Derecho Europeo ante la pareja de hecho* (coordinado por VILLAGRASA ALCAIDE), Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 47 y ss.; o BOGDAN, M. y NUMHAUSER-HENNING, A., *La cohabitación extramatrimonial en el derecho civil sueco*, Universidad Popular Tierno Galván, Madrid, 1989, pp. 51 y ss.

(39) Entre estas leyes se encontraban: las Leyes municipales de impuestos, Ley del inquilino, Ley de impuestos sobre herencias y donaciones, Código de la propiedad real, Código de herencia... Vid. REINA, V. y MARTINELL, J. M.^a, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 59.

ciudadano sueco domiciliado en Suecia (40). Al Registro no podrán acceder: el menor de 18 años; las personas emparentadas entre sí, en línea ascendente o descendente, o que sean hermanos de sangre; y tampoco la persona que esté casada o registrada como pareja de hecho con anterioridad; por su parte, los hermanastros necesitarán la autorización del Gobierno o de las autoridades competentes (41).

El acto de la inscripción deberá realizarse en presencia de testigos, sin precisar su número, compareciendo simultáneamente las dos partes ante el encargado del Registro, y siendo declarados inscritos como pareja (42). El funcionario sólo podrá ser un Juez de Primera Instancia o la persona nombrada por el Gobierno Civil (43).

Las dos formas de disolución de la pareja de hecho son: el fallecimiento o la decisión judicial (44), siendo aplicables las leyes matrimoniales al campo de la disolución de la relación de pareja inscrita en el Registro. Finalmente, en el capítulo tercero se equiparan los efectos legales del registro de la pareja de hecho a los del matrimonio, si bien esta equiparación no se puede decir que sea total, sino antes bien, parcial, ya que se encuentra prisionera de las siguientes restricciones (45):

1. No podrán adoptar conjuntamente, algo que únicamente está permitido a los matrimonios.

2. No podrán tener la guarda o custodia de un menor.

3. El Acta de inseminación de 1984, y el de fertilización de 1988, no serán aplicables a los miembros de una pareja de hecho; o dicho de otra forma, les queda vetado el paso a las técnicas reproductivas.

En definitiva, la legislación sueca insta una nueva institución –la pareja registrada– para aquellas personas del mismo sexo que decidan vivir conjuntamente, asumiendo obligaciones recíprocas como pareja; es decir, se “legaliza” un matrimonio homosexual, con unos derechos similares al matrimonio, y que se diferencia de las parejas de hecho homosexuales que no se registren.

2. Dinamarca.

El Parlamento danés aprobó la Ley del Registro de parejas de hecho el 7 de junio de 1989, entrando en vigor el 1 de octubre de ese mismo año; la aprobación se produjo pese a que la Comisión Jurídica que había

(40) Sección 1 y 2 de la Ley.

(41) Sección 3.

(42) Sección 7.

(43) Sección 8.

(44) Sección 1.

(45) Sección 2.

elaborado un estudio previo sobre la materia, emitió un dictamen contrario. Al igual que ocurrió en la ley sueca, la danesa también equipara restringidamente, la unión homosexual que se registre, al matrimonio, tanto en los efectos jurídicos como en las formas constitutivas y disolutorias (46).

La Ley está estructurada en tres partes: el Registro; la producción de efectos legales; y las formas de disolución. El ámbito de aplicación son las personas del mismo sexo, que deseen tener registrada su convivencia, siempre que uno o ambos miembros, residan permanentemente en Dinamarca y tenga además, la nacionalidad danesa. Quedarán desligados de la aplicación de la norma quienes hayan contraído matrimonio con anterioridad y quienes ya sean pareja registrada, siempre que subsista la anterior relación matrimonial o pareja inscrita, respectivamente. En caso contrario, será castigado con pena de prisión por un periodo de tiempo no superior a tres años (47).

En cuanto a los efectos legales, nuevamente se produce una relativa equiparación con el contrato de matrimonio, quedando exceptuadas las siguientes circunstancias:

1. No podrán adoptar, ni ejercer un derecho de guarda conjunto (48).

2. Se excluye la libertad de elección entre la celebración de una ceremonia religiosa o una civil.

3. El procedimiento de disolución es el mismo que el del matrimonio heterosexual, pero no se podrá solicitar la mediación de un clérigo para el supuesto de reconciliación tal y como ocurre en la disolución por divorcio del matrimonio heterosexual (49).

4. Las disposiciones contenidas en los Tratados internacionales suscritos por Dinamarca, sólo serán aplicables a las parejas registradas cuando las otras partes lo acepten expresamente (50).

La parte final de la Ley se refiere a la disolución, siendo aplicable lo estipulado en la Ley danesa de matrimonio, a excepción de lo preceptuado en la sección 46. Para que la disolución de la pareja registrada tenga eficacia, deberá llevarse a cabo en Dinamarca (51).

(46) Vid. NAVARRO-VALLS, R., "Las uniones de hecho en el Derecho comparado", en *Uniones de hecho* (coordinado por MARTINELL y ARECES PIÑOL), Servicio de publicaciones de la Universidad de Lleida, Lleida, 1998, p. 33.

(47) Vid. Ley 373 del 7 de junio de 1989, para la modificación de la Ley del matrimonio, de la Ley de herencia, el Código Penal y la Ley del impuesto sobre sucesiones.

(48) Vid. artículo 4, ap. 1 y 2, que excluyen de la aplicación a las parejas registradas, la Ley danesa de adopción, así como la Ley danesa de incapacidad legal y guarda y custodia.

(49) El 19 de diciembre de 1989 se introdujo esa limitación.

(50) Ap. 4 del artículo 4.

(51) Ap. 3 del artículo 5.

Por último, mencionar que el Parlamento danés elaboró una nueva ley que introduce modificaciones en el Código Penal, en la Ley del impuesto sobre sucesiones, en la Ley de herencia y en la Ley del matrimonio.

3. Noruega.

La Ley noruega sobre registro de parejas es de fecha 1 de agosto de 1993, que siguió el ejemplo danés, al igual que Islandia. Básicamente supone una repetición en cuanto al contenido, de las leyes de los dos Estados antedichos. Así pues, me remito a lo ya mentado. Simplemente significar que la entrada en vigor de esta Ley supuso la reforma del Código Penal y de la Ley de matrimonio de 4 de julio de 1991.

4. Holanda.

En el *iter* seguido por el Derecho Comparado en materia de Registros de uniones civiles, merece la pena analizar con profusión la regulación que se hace a este respecto en Holanda (52). Desde el 1 de enero de 1998, la normativa referida pasa a tener fuerza de ley. Esta ley de parejas de hecho ha sido modificada en el 2001 para aprobar el matrimonio entre homosexuales.

La relación de pareja inscrita fue contemplada inicialmente como una forma legal de cohabitación practicada por aquellas parejas que, o bien no pueden casarse por ser del mismo sexo, o bien pueden casarse pero no es lo que desean. De esta forma, se abría el camino a que puedan formalizar su relación, de una manera casi idéntica a la de un matrimonio.

En los últimos veinte años se ha producido un aumento espectacular en las formas de cohabitación no-maritales. A raíz de ello, el Gobierno holandés ha elaborado leyes y normas que regulan las consecuencias que estas formas de cohabitación tienen en aspectos muy concretos, como son, en el tema de impuestos o de seguridad social, y por supuesto también se ha llegado a normativizar el Registro de parejas de hecho, como una forma de cohabitación equivalente a la del matrimonio.

El contenido de la Ley está configurado de la manera siguiente:

1. Inscripción en el Registro de situación de hecho, matrimonial o contractual.

2. Qué características tiene la inscripción.

(52) Información facilitada por Judith Bormans, miembro de la Embajada Real de los Países Bajos en España.

3. Condiciones para tener acceso a la inscripción.
4. Aspectos formales de la inscripción.
5. Derechos y obligaciones.
6. Extinción de la relación inscrita.
7. Derechos y obligaciones de los ex-convivientes.

Paso a continuación a desarrollar cada uno de estos apartados:

1. Inscripción en el Registro de una relación de hecho, matrimonial o contractual.

Como regla general, cualquier persona que quiera formalizar una relación con un/a compañero/a, tiene dos posibilidades: la inscripción en un Registro creado al efecto, o formalizar un contrato de cohabitación.

Se establece una equivalencia entre la inscripción registrada y el matrimonio, si bien estas dos situaciones se diferencian del contrato de cohabitación, en que únicamente regulará lo que las dos partes estén de acuerdo en contemplar; así pues, en un matrimonio o en una relación de pareja registrada, las obligaciones brotarán imperativamente, mientras que en un contrato de cohabitación, serán las partes las que decidan por ellas mismas el grado de compromiso. Otra diferencia estriba en ver a quién afectan las consecuencias de esas situaciones; en el matrimonio y en el registro, los efectos legales repercutirán sobre los convivientes y sobre terceras personas, mientras que en el contrato de cohabitación, exclusivamente lo hará sobre las dos partes.

2. Características de la inscripción.

- 2.1. El Registro de uniones de hecho tiene por objeto una forma de cohabitación.

- 2.2. Está regulado por ley.

- 2.3. La pareja está formada por dos personas del mismo o diferente sexo.

- 2.4. Las consecuencias son las mismas que las de un matrimonio, con excepción de las relaciones con niños.

3. Condiciones.

Se podría plantear si dos personas que deseen inscribirse en el Registro de parejas de hecho, pueden hacerlo siempre y en todos los casos. Lógicamente la respuesta es no, ya que, al igual que ocurre con el matrimonio, existen unas condiciones que hay que cumplir; a saber:

- 3.1. Los dos convivientes deberán comparecer a la vez.

- 3.2. No podrá existir un vínculo matrimonial o registral anterior no disuelto.

- 3.3. Los convivientes deberán ser mayores de edad (53), si bien existen algunas excepciones; así por ejemplo el menor que quiera acceder al

(53) La mayoría de edad se cifra en los 18 años.

Registro, necesitará la autorización de sus padres o tutores y en su defecto, podrá acudir al Tribunal correspondiente.

3.4. La persona que abuse del alcohol, necesitará el permiso de una especie de fideicomisario o administrador y en su defecto del Tribunal correspondiente.

3.5. Los padres y los hijos, los abuelos y los nietos, los hermanos y hermanas, no podrán acceder al Registro como parejas de hecho. Y entre dos hermanos siendo uno de ellos adoptado, el Ministro de Justicia tiene que otorgar una dispensa.

3.6. Los extranjeros tendrán que estar en posesión de un permiso de residencia válido, con el fin de evitar que haya gente que se registre exclusivamente para conseguir un derecho de residencia.

4. Aspectos formales de la inscripción.

4.1. La declaración: los convivientes que deseen inscribirse deberán declararlo ante las autoridades competentes, presentando los documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones para el acceso al Registro. Estos documentos variarán, dependiendo de las situaciones personales.

La declaración se llevará a cabo ante la persona indicada de registrar los nacimientos, bodas y defunciones del lugar de residencia de uno de los dos convivientes. También podrán declarar que desean estar inscritos en un Municipio diferente de aquel en el que vivan.

4.2. Plazo de inscripción: puede tener lugar dentro de las dos primeras semanas después de la fecha en que conste la prueba de la declaración.

4.3. Testigos: al igual que ocurre en el matrimonio, se requiere la presencia de testigos; tendrán que ser un mínimo de dos y un máximo de cuatro. Sus nombres y sus direcciones se darán al tiempo de la declaración.

4.4. El “sí quiero (54)”: la intención de los convivientes se debe oficializar mediante su consentimiento a la inscripción.

4.5. El acta: la persona encargada del registro firmará a continuación el acta, al igual que la pareja de hecho y los testigos.

5. Derechos y obligaciones.

5.1. Obligación de manutención: las parejas inscritas tendrán esta obligación recíproca, durante “tanto tiempo como sea posible”, expresión ésta, dotada de una gran carga de ambigüedad. También podrán compartir los gastos de la familia.

5.2. La comunidad de la propiedad: todas las posesiones y deudas, son en principio comunes. Sin embargo, los propios convivientes pueden

(54) Tomado del inglés: “I do.”

modular a su conveniencia esta regla, mediante acuerdos antes o durante la propia inscripción, que deberán ser fijados ante notario.

5.3. Pensión: para la pensión de jubilación, los derechos acumulados a lo largo de la duración de la relación convivencial inscrita, tendrán que ser divididos, en el caso de que los miembros de la pareja se separen; no obstante, se otorga la posibilidad de poder llegar a otros acuerdos. El montante de la pensión dependerá, en todo caso, del plan de pensión del conviviente fallecido.

5.4. Necesidad de obtener el consentimiento del otro conviviente: a la hora de tomar determinadas decisiones que sin duda tendrán trascendencia para la propia pareja inscrita, deberán requerirse mutuamente el consentimiento.

5.5. La familia: la inscripción en el Registro supone la creación de una relación familiar oficial. Los miembros de la familia de un conviviente, llegan a estar “emparentados por matrimonio” al otro conviviente. Y los parientes tienen, también, ciertos derechos.

5.6. Los hijos: como regla general, los hijos nacidos dentro del matrimonio tendrán la regulación prevista por el Derecho de familia para los esposos y el hijo. El fundamento de la relación entre la madre y el hijo se encuentra en el propio nacimiento. El marido de la madre del niño/a, es el padre de la criatura a los ojos de la ley.

En las relaciones de parejas inscritas, las concepciones son diferentes; así, en principio, no habrá relación entre el hijo y la persona que cuida de él. No obstante, el padre/madre y su compañero/a, pueden obtener la custodia conjunta. De esta manera, de la relación entre el conviviente del padre o madre del hijo y éste, se desprenden derechos y obligaciones. Buena prueba de ello, es la obligación de manutención del hijo, o la posibilidad de que éste pueda tomar los apellidos de la persona que convive con su padre o madre. Lo que no aparece concretado son los postulados que sirven de basamento para atribuir la custodia conjunta al padre o madre biológico y a su compañero/a.

6. Extinción de la relación inscrita.

Las causas de extinción contempladas por la Ley son: la muerte y el deseo de disolución de uno o ambos convivientes, que puede tener lugar por mutuo consentimiento, o bien, venir impuesto por un Tribunal.

7. Derechos y obligaciones de los ex-convivientes.

El Registro de uniones civiles de hecho también genera una serie de derechos y obligaciones para después de la extinción de la relación convivencial; a saber:

7.1. Alimentos: el conviviente con holgados recursos económicos, tiene el deber de pagar los alimentos a su ex-pareja. El contenido de esta obligación se fijará en el acuerdo de extinción, o bien, quedará al arbitrio de la decisión judicial.

7.2. Pensión: los derechos de pensión tendrán lugar de acuerdo con lo dispuesto en la ley holandesa que regula esta materia.

5. Francia.

El Código civil francés no contenía una regulación específica sobre las uniones de hecho, lo que provocó que su desarrollo fuese obra, básicamente, de la doctrina y de la jurisprudencia. No había, por tanto, un derecho de “concubinage” (55).

No obstante, también desde el punto de vista legislativo, se dieron pasos significativos:

— La Ley Malhuret, en la que los convivientes de hecho resultan mejor tratados que aquellos parientes divorciados.

— La Ley Quillot, que prevé, en caso de muerte del arrendatario, la continuación del contrato de alquiler en beneficio de determinadas personas, entre las que figura el concubino notorio que hubiese vivido durante un año en el domicilio del arrendatario.

— La ley de 6 de julio de 1989, que contempla el derecho de prórroga forzosa en favor del “arrendatario, su cónyuge, su concubino notorio durante al menos un año, sus ascendientes o los de su cónyuge o concubino notorio”.

— La legislación sobre procreación asistida, en la que poco importa que en la donación de esperma las parejas demandantes estén o no casadas, siempre que se trate de un “concubinage” notorio.

— La ley de 15 de noviembre de 1999, sobre el pacto civil de solidaridad, que modifica el Libro I del Código Civil francés.

En la actualidad, la denominación de “concubinage” ha dado paso a la de “unión libre”, esto es, sin ningún tipo de formalidad y por tanto sin ningún tipo de vínculo. Antes de nada, habría que aclarar que en Francia, el concepto de pareja de hecho queda reservado, en principio, a una pareja heterosexual, si bien la Asamblea Nacional francesa aprobó el llamado “contrato de unión civil”, pensado para aquellas parejas del mismo sexo, y que es el precedente de la actual Ley de 15 de noviembre de 1999.

Otro avance significativo en el Derecho de familia viene representado por los “certificats de concubinage”; se trata de documentos expedidos, por lo general, por los propios ayuntamientos y que también comprenden a las parejas homosexuales (56). Carecen de cualquier valor

(55) El “concubinage” debe entenderse como la unión de hecho heterosexual.

(56) La decisión pionera en este sentido la adoptó el Ayuntamiento de Saint-Nazaire el 14 de septiembre de 1995.

jurídico (57), conteniendo mera información y declaraciones formuladas muchas veces por testigos (58). No existe un procedimiento uniforme a la hora de comparecer los convivientes en la corporación local. Tampoco en la formalidad a seguir, variando de unos ayuntamientos a otros. En lo que sí hay unanimidad, es en negar cualquier valor jurídico a estos certificados, si bien desde el punto de vista práctico, se pueden reclamar para obtener algunos beneficios: por ejemplo, los que otorgan compañías como Air France o los ferrocarriles franceses en sus tarifas de “pareja”.

Por último, reseñar que el pacto civil de solidaridad se define como un contrato concluido entre dos personas físicas mayores de edad de igual o diferente sexo, para organizar su vida en común. No pueden celebrar tal “contrato” los parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado, ni los casados o ligados con otra persona por un pacto civil de solidaridad. Se trata, en suma, de un “contrato” formal, que requiere una declaración conjunta de las partes ante el secretario judicial, y cuya oponibilidad a terceros se subordina a su inscripción en el Registro correspondiente. A falta de estipulación en contrario, se presume que los bienes, muebles o inmuebles, adquiridos por cualquiera de los convivientes con posterioridad a la conclusión del pacto civil de solidaridad, pertenecen a ambos “pro indiviso” y por partes iguales. Así pues, la Ley de 15 de noviembre de 1999, crea un “quasi-status” de conviviente semejante al de casado (59), aunque no plantea la cuestión de la adopción por parejas de hecho, ni hetero, ni homosexuales.

(57) Vid. ROCA I TRÍAS, E., “Propuestas de regulación en el derecho de familia: tendencias de los países europeos y opciones legislativas en nuestro ordenamiento”, en *El Derecho Europeo ante la pareja de hecho* (coordinado por VILLAGRASA ALCAIDE), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 94.

(58) Vid. ROCA I TRÍAS, E., *op. y loc. cit.*

(59) Vid. VERDA Y BEAMONTE, J. R. de, “Las uniones de hecho a la luz de la Constitución española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica”, *AC*, 2001, p. 73.

EL SECRETO BANCARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL MISMO EN LAS RELACIONES ECONÓMICO MATRIMONIALES Y EN EL DERECHO DE SUCESIONES (*)

MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ

Doctora en Derecho

(*) El presente trabajo profundiza en algunos aspectos tratados en la monografía de la autora *El secreto bancario*, Bosch, Barcelona, 2001. Sobre el secreto bancario puede consultarse, además, en nuestro país, la siguiente bibliografía: en relación con los aspectos de derecho público, GUILLÉN FERRER, *El secreto bancario y sus límites legales (límites de Derecho Público)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, ALBELLÁ AMIGO, "El secreto bancario. Estado actual de la cuestión", en *X Seminario de estudios sobre la Fe Pública Mercantil*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1997, pp. 301 y ss.; sobre la práctica de los informes comerciales, FERRANDO VILLALBA, *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; respecto a las relaciones entre secreto bancario y Administración tributaria vid. MENESES VADILLO, *El deber de colaboración de las entidades de crédito ante los requerimientos de información de la Administración tributaria*, Civitas, Madrid, 2000; RUIZ GARCÍA, *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Civitas, Madrid, 1988, y CAZORLA PRIETO, *El secreto bancario*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978. Entre la doctrina mercantilista merecen destacarse las reflexiones efectuadas sobre el secreto bancario por GARRIGUES, en *Contratos bancarios*, Madrid, 1975; JIMÉNEZ DE PARGA, "El secreto bancario en el Derecho Español", *RDM*, 1969, pp. 369 y ss.; EMBID IRUJO, "Contrato bancario y cuenta corriente", en *Contratos bancarios*, dir. por García Villaverde, Civitas, Madrid, 1992; BATLLE

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE SECRETO BANCARIO. 2. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN. 3. REGULACIÓN DEL SECRETO BANCARIO EN ESPAÑA. 4. EL SECRETO BANCARIO EN LAS RELACIONES ECONÓMICO MATRIMONIALES. A. Planteamiento. B. Supuestos de cotitularidad. C. Supuestos de titularidad exclusiva de la cuenta. a) *Regímenes de comunidad de bienes.* b) *Regímenes de separación de bienes.* D. Supuestos de crisis matrimoniales o de liquidación del régimen de comunidad. 5. EL SECRETO BANCARIO ANTE EL DERECHO DE SUCESIONES. A. Límites al derecho de información de los herederos. B. Sujetos legitimados para acceder a la información bancaria del causante. C. Condiciones para el ejercicio del derecho de información. 6. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO.

1. Concepto de secreto bancario

Cuando una persona acude a una entidad crediticia o financiera para realizar cualquier tipo de operación, lo hace en la confianza de que los datos, noticias o informaciones que revela no van a ser comunicados por dicha entidad a terceros sin su consentimiento, a menos que alguna disposición legal establezca lo contrario. Se dice entonces que estas entidades vienen obligadas al mantenimiento del secreto bancario. El instituto del secreto bancario puede ser definido como el derecho y deber de bancos y demás entidades de crédito, así como, en general, de todo intermediario financiero o crediticio, de mantener la confidencialidad de las informaciones que le sean proporcionadas por sus clientes con motivo de las operaciones con ellos realizadas. Creemos que es conveniente destacar esta doble faceta, de derecho y deber, que presenta el secreto bancario, como en general, todo secreto profesional.

SALES, "El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario. Dos manifestaciones del derecho a la intimidad privada", *RGLJ*, t. LXXI, n.º 1, 1975, pp. 510 y ss. y BÉRGAMO LLABRÉS, *Sociedades Anónimas. Las acciones*, t. II, Prensa Castellana, Madrid, 1970, así como en los Manuales de Derecho Mercantil en general. Existen, además, múltiples artículos de revistas, surgidos, en su mayoría, a raíz de la Ley 50/1977, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal y de la STC 110/1984, entre los que pueden destacarse, sin ánimo exhaustivo, FAJARDO GARCÍA, "Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario", *RDBB*, 1990, pp. 571 y ss.; AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, "La defensa de la intimidad como nuevo límite a las obligaciones de información tributaria", *RDBB*, 1983, pp. 73 y ss.; "De nuevo en torno a la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria", *ibíd.*, 1984, pp. 73 y ss.. BAJO FERNÁNDEZ, "Límites del secreto bancario", *Papeles de Economía Española*, n.º 4, 1980, pp. 165 y ss., y OTERO NOVAS, "El secreto bancario", *RDBB*, 1985, pp. 725 y ss.

De esta definición se sigue que el secreto bancario afecta, en su aspecto subjetivo, no sólo las entidades de crédito (Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito) sino también los establecimientos financieros de crédito y cualquier otro intermediario financiero o crediticio. Efectivamente, uno de los problemas que actualmente plantea el secreto bancario es, precisamente, el de la necesidad de extender su ámbito de aplicación para comprender la totalidad del sector financiero: entidades de crédito, emisores de tarjetas, entidades de dinero electrónico, etc. Varios argumentos vienen a apoyar la anterior conclusión. El primero es el de la identidad de razón existente entre los supuestos considerados. De hecho, hoy en día resulta imposible afirmar que la prestación de servicios financieros es la realizada en exclusiva por los Bancos. Surge así el concepto de la “parabancariedad”, fenómeno amplio, una de cuyas manifestaciones consiste, precisamente, en que entidades distintas de las tradicionales entidades de crédito compiten con éstas dentro del mercado del crédito (1). En definitiva, en todos los casos nos encontramos ante entidades que desarrollan actividades pertenecientes al sector de la financiación y que reciben una extraordinaria cantidad de información de los clientes que acuden a ellas solicitando sus servicios, clientes que deben estimarse en todos los casos merecedores de análoga protección. Por otro lado, no conviene olvidar que el legislador trata de aplicar, en determinados aspectos, un régimen homogéneo a las actividades bancarias y las parabancarias. Efectivamente, resulta lógico que establecimientos de crédito y otros intermediarios financieros se encuentren sometidos a un idéntico deber de secreto respecto a sus clientes si se tiene en cuenta que el ámbito de aplicación de muchas normas afecta a todos los intermediarios crediticios. Algunos ejemplos de la extensión de normas que, inicialmente, sólo afectan a entidades de crédito a otras entidades que desa-

(1) Para VERDERA Y TUELLS, “Las actividades parabancarias en España”, *L'attività bancaria*, coor. por Restuccia, Giuffré ed., Milán, 1987, p. 145, en la definición de lo “parabancario” deben ser tomadas en consideración determinadas actividades próximas a la actividad bancaria, nuevos servicios, prestados directamente por la banca o por los nuevos intermediarios financieros, creados con este fin, sometidas a un régimen jurídico y de control, atendiendo a la naturaleza de su actividad, y por ello tendencialmente homologables con las de las entidades crediticias tradicionales. A juicio de BONET SÁNCHEZ (“El contrato bancario”, *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998) la clave para encontrar la noción de actividad parabancaria se encuentra en el concepto técnico jurídico de concurrencia mercantil, y así, define la parabancariedad en un sentido muy amplio como *todo acto mercantil que, proviniendo de una entidad financiera encuadrada en un mercado concreto del sistema financiero (crédito, valores o seguros) compite fuera del mismo y dentro de los otros dos*. Atendiendo precisamente a este fenómeno de la “parabancariedad” ZUNZUNEGUI (*Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 17) entiende más apropiado emplear el término mercado de crédito en lugar del tradicional de mercado de Banca para designar el ámbito en el que se desarrolla la actividad bancaria.

rollan idéntica actividad económica, los encontramos en la normativa sobre transparencia (2) o sobre prevención del blanqueo de capitales (3), pero nada ejemplifica mejor esta equiparación legislativa que la legislación tributaria, precisamente a propósito del establecimiento de los deberes de colaboración de estos sujetos con la Administración Tributaria para evitar el fraude fiscal (4). Por todo ello, nos parece más adecuado hablar de un deber de secreto profesional del sector financiero en su conjunto.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de la institución, se coincide en general en incluir bajo el secreto bancario tanto las informaciones que versan sobre aspectos patrimoniales como las que afectan a cuestiones personales. Además, el secreto bancario no recae sólo sobre datos concretos, sino sobre las evaluaciones acerca de la solvencia o moralidad de una persona o incluso juicios de valor, siempre que, y ello es lo determinante, todo ello haya llegado a conocimiento del Banco como consecuencia de la relación entablada con el cliente. No importa que la información afecte directamente a la relación negocial en cuestión o que se haya producido “con ocasión” o “por razón” de la misma, ni tampoco que se refiera al propio cliente o a terceros (como avalistas o fiadores, familiares, sociedad de la que el cliente es administrador, etc.). Quedarían fuera del campo de aplicación del secreto bancario, sin embargo, aquellos datos de carácter público, bien por proceder de fuentes accesibles al público o bien por tratarse de hechos de dominio público.

(2) Así, por ejemplo, la Orden de 27 de octubre de 1995 extiende a otras entidades financieras, entre ellas las aseguradoras, el ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, inicialmente prevista sólo para entidades de crédito, por responder la concesión de préstamos hipotecarios tanto en uno como en otro caso a la misma actividad económica y revestir idéntica naturaleza jurídica.

(3) De este modo, en el artículo 2.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, que establece determinadas medidas para la prevención del blanqueo de capitales, se declaran sujetas a las obligaciones establecidas en la Ley tanto a Entidades de crédito como a un amplio grupo de entidades que desarrollan actividades de análoga naturaleza.

(4) Así, los artículos 111.3 de la Ley General Tributaria y 37.1 del Reglamento General de Inspección de Tributos establecen un procedimiento especial para los requerimientos individualizados de información efectuados a Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio. De forma análoga, la DA decimocuarta de la L. 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y el RD 2.281/1998, de 23 de octubre, por el que se desarrollan las disposiciones aplicables a determinadas obligaciones de suministro de información a la Administración Tributaria, establecen la obligación de informar sobre las personas autorizadas para el uso y disposición de cuentas corrientes a los “Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio”. Lo mismo sucede con la DA cuarta, apartado tercero de la L. 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, en relación con la información sobre determinadas operaciones con activos financieros.

2. Fundamento y naturaleza jurídica de la institución

Pocas cuestiones han resultado tan debatidas en los estudios españoles sobre el secreto bancario como, precisamente, la de su fundamentación jurídica, si bien la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de nuestra Constitución”* (fundamento jurídico 11 de la STC 110/1984, de 26 de noviembre) ha venido, en buena medida, a pacificar la cuestión.

El pronunciamiento constitucional es sobradamente conocido y sobre él han recaído ya bastantes comentarios, por lo que únicamente efectuaremos aquí algunas consideraciones sobre lo que se ha denominado “derecho a la intimidad económica”. Efectivamente, la mayor parte de las informaciones sobre las que versa el secreto bancario viene constituida por datos de carácter económico, aunque también quedan cubiertos por esta institución otro tipo de confidencias desveladas como consecuencia de la relación Banco-cliente. Siendo esto así, surge la pregunta, de evidente interés para la institución que nos ocupa, de si los aspectos económicos forman parte del derecho a la intimidad, y si, consecuentemente puede hablarse de una “intimidad económica”.

Muchos han sido los intentos de aproximación al contenido del derecho a la intimidad. Si bien en una primera fase se tendía a poner de relieve la existencia de una esfera que la persona pudiera mantener alejada de las indiscreciones ajenas, actualmente, en cambio, se pone el acento en la necesidad de que la persona pueda controlar las informaciones que las demás tengan sobre uno mismo, destacándose que, junto al aspecto estático-negativo, la intimidad comprende también un aspecto dinámico-positivo. Pero en cualquier caso, lo que siempre queda por delimitar es el ámbito de dicha esfera. Y tampoco parece que sea posible definir con precisión su contorno con un carácter absoluto para todas las culturas y para todas las épocas, puesto que, aun tratándose de un derecho fundamental, su contenido concreto se presenta cambiante (5).

A la hora de afrontar la cuestión de si la intimidad económica queda dentro de la intimidad constitucionalmente protegida, nuestro Tribunal Constitucional no ha sentado una doctrina clara, aunque en general, parece más proclive a excluir que los datos económicos formen parte del

(5) Demostrativa de esta idea resulta la propia apelación a los usos de la L. 1/1982 de 5 de mayo para la concreción del ámbito protegido por la propia ley, así como numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (cfr., en este sentido, S. de 17 de octubre de 1991, y 144/1999, de 22 de julio) y Tribunal Supremo (STS de 28 de octubre de 1986).

derecho a la intimidad de una persona (6). Y precisamente esto nos parece incoherente con la declaración de que el secreto bancario encuentra su fundamento jurídico en el derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, puesto que los datos normalmente cubiertos por éste se refieren a aspectos patrimoniales. No obstante, y de conformidad con la determinación del contenido del derecho a la intimidad a través de los usos sociales, no parece que pueda hoy en día excluirse el derecho a la intimidad sobre los datos económicos (7). El mero hecho de entablar relaciones con un banco puede resultar relevante para la intimidad de una persona (pensemos en las especulaciones a que puede dar lugar el conocimiento de la solicitud de un préstamo), y no digamos nada del conjunto de movimientos de una cuenta corriente, que reflejan, por ejemplo, sus fuentes de ingresos, el destino que le da a su dinero, etc., entre los que pueden encontrarse datos que ponen en peligro incluso el honor de la persona (8).

Todo ello no impide que no puedan establecerse límites, por razones de interés público, al conocimiento de estos datos económicos, como en

(6) La S. 110/1984 parece excluir que los datos económicos formen parte de la intimidad de una persona, pero al considerar acorde con la Constitución la investigación en las llamadas "causas genéricas" de cada partida, sí parece admitir que las indagaciones en las causas concretas resultan atentatorias contra el derecho a la intimidad. En el A. 642/1986 reconoce expresamente que *"no hay duda que, en principio, los datos relativos a la situación económica de una persona, y entre ellas los que tienen su reflejo en las distintas operaciones bancarias en las que figura como titular, entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida"*. En la S. 45/1989 el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la obligación de declaración conjunta de las rentas del matrimonio establecida por la ley reguladora del IRPF, entre otros motivos, por considerar contrario al derecho a la intimidad el deber de denunciar ante la Hacienda Pública las incorrecciones en las que, a juicio de uno de los cónyuges hubiere incurrido el otro, porque ello equivaldría a poner de manifiesto la discordia en el propio seno de la unidad familiar; también violentaría el derecho a la intimidad la realización conjunta de este tipo de declaraciones en los casos de separación temporal o de hecho del matrimonio, obligando a los cónyuges a restablecer una relación. En la S. 142/1993, en la que se debatía si vulneraba el derecho a la intimidad la obligación de entregar una copia de los contratos a los representantes de los trabajadores, el tribunal niega que los datos económicos pertenezcan por sí mismos al ámbito de protección de este derecho, aunque admite la posibilidad de que algunos datos sí queden incluidos en el marco del 18.1 CE. Concluye que en el caso concreto no hay violación de la intimidad al ser posible la limitación de derechos fundamentales siempre que la finalidad de la limitación esté justificada por otros derechos constitucionales y si la medida no resulta desproporcionada. En otros pronunciamientos posteriores (ATC 462/1996 y STC 233/1999) reconoce que la información con trascendencia tributaria puede incidir en la intimidad de los ciudadanos.

(7) Efectivamente, se considerará sin duda más indiscreta a la persona que pregunta a otra por el saldo que arroja su cuenta corriente que a la que se interesa, por ejemplo, por su estado de salud o por su familia. En igual sentido MEILÁN GIL, "El deber de información de los profesionales a la Administración tributaria", *REDF*, 1987, p. 243.

(8) Los ejemplos clásicos son los de pagos hechos a corredores de apuestas, transferencias a favor de hijos extramatrimoniales, movimientos a favor de clínicas especializadas en la curación de determinadas enfermedades, como el SIDA, etc.

general, de otros aspectos cubiertos por el derecho a la intimidad. Efectivamente, tanto las teorías que distinguen distintas esferas en el ámbito del derecho a la intimidad, como las que establecen una distinción entre intimidad y privacidad (siendo el segundo un concepto más amplio en el que se incluiría el primero), de las que se hacen eco nuestros tribunales y nuestras leyes, responden a la necesidad de dispensar distintos niveles de protección a los diferentes aspectos enmarcados por el derecho a la intimidad. En nuestra opinión, resultaría más sencillo dar al derecho a la intimidad un contenido amplio —en el que quedaría incluido, desde luego, lo económico—, susceptible de sufrir limitaciones en aras de intereses superiores, y valorando en cada caso, si el sacrificio de ésta resulta o no adecuado. No resulta de utilidad práctica hablar de un reducto de la intimidad de la persona en el que sería imposible penetrar, cuando en algunos casos (eso sí, excepcionadísimos) sí se pueden autorizar determinadas intromisiones (9).

Consecuencia de que el secreto bancario vea su fundamento en el derecho a la intimidad es la de que serán aplicables a aquél los mismos límites que a éste, es decir, el consentimiento del afectado y la ley (art. 2 de la Ley 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen).

Por lo que hace a la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa cabe destacar cómo la doctrina más autorizada se ha mostrado, en general, reacia a incluir el secreto bancario dentro del concepto de secreto profesional (10), e incluso el propio Tribunal Constitucional parece opo-

(9) Por ejemplo, uno de los reductos más infranqueables del derecho a la intimidad sería el derecho a la intimidad corporal, en el que, sin embargo, se autorizan determinadas intromisiones, como la práctica de pruebas de investigación de paternidad, de alcoholemia o la exploración ginecológica en el curso de una investigación sobre la práctica de un aborto. Ciertamente que en estos casos no puede recurrirse a la fuerza para la realización de tales pruebas, pero no porque con ello se viole el derecho a la intimidad, sino porque se pueden atentar contra otros derechos fundamentales, como la vida o la integridad física (*Vid.*, al respecto, la STC 37/1989, de 15 de febrero).

(10) Así, GARRIGUES, *op. cit.*, p. 50, JIMÉNEZ DE PARGA, *op. cit.*, p. 398, GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, pp. 75 y ss. Partidarios de la consideración del secreto bancario como secreto profesional en nuestro país, han sido, sin embargo, IGLESIAS CUBRÍA, *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, 1970, p. 91-2, BATLLE SALES, *op. cit.* (la autora entiende, en puridad, que el fundamento del secreto bancario se encuentra en el derecho a la intimidad del cliente, pero que su teoría no es incompatible con la que considera el secreto bancario como secreto profesional, puesto que a su juicio el fundamento jurídico de éste es también la protección de la intimidad privada, aunque concurren otros intereses dignos de protección); BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, y BLANCO CORDERO, *Responsabilidad penal de los empleados de Banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999, p. 93; también BLANCO CAMPANA, *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980; p. 242, con relación a aquellos empresarios que, además del derecho al secreto, tienen el deber de secreto, entre los que incluye a los agentes mediadores y a los bancos. Consideran que el fundamento del secreto

ner uno y otro secretos al afirmar que “*no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto (el bancario) como la hay del secreto profesional*” (fundamento jurídico 11 de la STC 110/1984 de 10 de noviembre).

No obstante, creemos que en la actividad bancaria se dan las notas que tradicionalmente caracterizan al secreto profesional: 1/ En primer lugar, la actividad desarrollada por el profesional debe ser expresiva de una relación de confianza, nota que ha estado presente en la contratación bancaria desde sus orígenes y que pervive en la actualidad, por más que se haya llegado a hablar de una “objetivación de la confianza” en el sentido de que se proyecta más sobre las características de la organización de la empresa que sobre la personalidad del banquero; 2/ En segundo lugar, el recurso al profesional debe resultar obligado. En el caso de la actividad bancaria esta necesidad es evidente tanto desde un punto de vista económico (intermediación en el crédito y prestación de servicios de pagos) como jurídico. Así, existen numerosos supuestos en los que la ley exige la intervención de una entidad bancaria para la verificación de determinadas operaciones (11). Otras veces el recurso a la entidad credi-

bancario se encuentra parcialmente en el secreto profesional (en su vertiente de deber del banco) OTERO NOVAS y FERNÁNDEZ COSTALES, “Aspectos de la responsabilidad del banquero por las informaciones a los clientes y de los clientes”, *Estudios Menéndez*, t. III, pp. 3225 y ss. Por su parte, LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 236, estima que en sus orígenes el secreto bancario sí podía ser considerado como el secreto profesional de los banqueros como profesionales, ya que la actividad bancaria estaba netamente personificada en los banqueros.

(11) La legislación societaria exige, en numerosas ocasiones, el recurso a las entidades de crédito, por ejemplo, para la constitución de sociedades a través de aportaciones dinerarias (así, los arts. 40.1 del RD Legislativo 1.564/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 19.3 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como sus concordantes del Reglamento del Registro Mercantil -132.1 y 189.1, respectivamente- exigen que se acredite la realidad de las aportaciones mediante exhibición y entrega de sus resguardos de depósito a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, o mediante su entrega al notario para que los constituya a nombre de aquélla); en el caso de que en la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales el pago de la totalidad del pago del precio estuviere aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado (art. 29.2.d) de la Ley 2/1995); a falta de acuerdo con el acreedor sobre una garantía, la reducción del capital social no podrá llevarse a efecto sino con la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito (art. 166.3 de la Ley de Sociedades Anónimas). Los ejemplos de obligatoriedad de la vía bancaria se multiplican: realización de cobros y pagos entre residentes y no residentes o realización de transferencias al o del exterior (art. 5.1 del RD 1.681/1991), utilización de cheques (art. 106.3 de la Ley Cambiaria y del Cheque), pago de las deudas a la Seguridad Social (art. 56 de la OM de 26 de mayo de 1999), constitución de fianzas notariales (art. 2 de la OM de 20 de marzo de 1997), pago de derechos de examen para el acceso a la función pública (cfr., por ejemplo, la OM 1.596/1990, de 16 de julio, que establece las normas de acceso de aspirantes al ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez).

ticia o financiera resulta en la práctica casi obligado. Así sucede con la domiciliación de pagos, el cobro de salarios o el uso de tarjetas de crédito. En numerosas ocasiones, además, el poder público convierte a estas entidades en colaboradoras para el ejercicio de sus funciones (y ello es así desde los orígenes de la actividad bancaria), como por ejemplo, para la presentación de las declaraciones del impuesto sobre la renta, para el cobro de impuestos o para la consignación judicial de una cantidad con vistas a asegurar el resultado de un litigio; 3/ La actividad en cuestión debe encontrarse jurídicamente reglamentada, requisito que no merece mayor comentario habida cuenta del amplio elenco de normas que regulan el estatuto jurídico de las entidades de crédito; 4/ Es necesario que el cliente deba revelar algún secreto para el correcto ejercicio de la actividad del profesional, requisito también presente en la actividad bancaria (pensemos en los datos que deben comunicarse para la obtención de un préstamo, en los movimientos de una cuenta corriente, que según se ha observado “constituyen la biografía personal en números” del cliente, etc.).

Por otro lado, una de las razones que se han esgrimido para negar que el secreto bancario se pueda considerar como un secreto profesional radicaba en la afirmación de que en todo caso, la nota de profesionalidad resultaría inaplicable a los empleados, no banqueros, que desempeñan sus funciones en la entidad. Pero a esto hay que objetar que por encima de la profesionalidad del empleado de Banca estaría la de la Banca en general. Precisamente en este sentido están empezando a orientarse los ordenamientos vecinos, donde comienza a afirmarse la existencia de unos auténticos *deberes generales de las entidades de crédito en el ejercicio de su actividad profesional*. Entre estos deberes suelen incluirse el de información, el de consejo, el de aviso sobre la existencia de determinados riesgos y el secreto bancario (12). Esta construcción está empe-

(12) A la hora de justificar la existencia de tales deberes se recurre a fundamentos variados, aunque, en último término, se acaban reconduciendo a las notas de buena fe y confianza presentes en los contratos bancarios. Así, un sector de la doctrina alemana (cfr. BAUMBARCH-HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 29.^a ed., Verlag C. H. Beck, Munich, 1995, pp. 1131 y ss., y ENSTHALER, *Gemeinschaft Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 5.^a ed., Luchterhand, Berlín, 1997, pp. 1636 y ss.) parte de la consideración de que cuando el cliente acude a una entidad de crédito solicitando sus servicios, normalmente no desea concluir un único contrato, sino establecer una relación negocial duradera, bajo la cual se desarrollarán posteriormente los singulares contratos bancarios. Se habla entonces de la existencia de un “contrato bancario general” (*allgemeines Bankvertag*) presidido por la mutua confianza, de la que surgen una serie de deberes para la entidad crediticia, denominados deberes de protección. Tal “contrato general” originaría una responsabilidad fiduciaria de la entidad de crédito, lo que da lugar a unos deberes de protección a favor del cliente (*Schutzpflichten*) entre los que se incluye el de mantener el secreto sobre las relaciones con la clientela. Para otros autores (como CANARIS, *Banksvertragsrecht*, Walter de Gruiter, Munich, 1975, pp. 8 y ss.), ha de acudirse, en cambio a “las relaciones deu-

zando a encontrar eco en nuestro país, y en este sentido, ya se ha planteado la existencia de un deber general de informar a cargo de las entidades de crédito. La jurisprudencia no ha llegado todavía a una formulación clara de deberes generales de las entidades de crédito, pero sin embargo, sí asistimos a una paulatina tipificación jurisprudencial de lo que constituyen deberes de actuación diligente por parte del banco, lo que podría dar lugar, a la larga y a semejanza de lo sucedido en otros países, a la formulación de unos deberes generales de conducta extraídos de las sucesivas decisiones jurisprudenciales.

3. Regulación del secreto bancario en España

Del derecho y deber de discreción del banquero es posible encontrar huellas (más o menos claras, en función de las fuentes que han podido llegar hasta nosotros) en todas aquellas épocas en que la actividad bancaria alcanzó cierta importancia (13). Asimismo, si atendemos al Derecho

doras sin deber de prestación previa" (*Schuldverhältnissess ohne primäre Leistungspflicht*) de los que surgen determinados deberes de conducta. Así, sólo en virtud de la relación Banco-cliente el Banco tiene conocimiento del secreto y la posibilidad de actuar de divulgar la información, ocasionando daños a su cliente. De esa posibilidad de actuar sobre el bien jurídico de la otra parte en base a la correspondiente relación de confianza es de donde surgiría la obligación de indemnizar. También en los manuales franceses de Derecho Bancario es habitual la exposición sistemática del secreto bancario dentro del apartado correspondiente a los deberes generales del banquero (*vid.*, por ejemplo, RIVES-LANGUE y CONTAMYNE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6.^a ed., Dalloz París, 1995, pp. 154 y ss., BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchestien, París, 1994, pp. 223 y ss., y GAVALDA-STOUFFLET, *Droit du crédit*, t. I, Litec, París, 1990, pp. 377 y ss.).

(13) Frente a un grupo de autores que entienden que no puede hablarse del secreto bancario en sentido propio hasta los albores del siglo xv, con la aparición en nuestro entorno cultural de los Bancos de depósito y giro, otro sector trata de buscar unos antecedentes de la institución mucho más antiguos, remontándose a los orígenes mismos de la actividad bancaria, que se sitúa en los primeros templos de la antigüedad. El carácter misterioso y oculto que presidiría las actividades allí desarrolladas daría lugar a una discreción presente también en los negocios bancarios. Más adelante, los discursos de DEMÓSTENES (cfr. especialmente, "Discurso contra Calipo") e ISÓCRATES (en especial "Sobre un asunto bancario"), que nos dan a conocer las prácticas bancarias griegas, han permitido deducir la existencia en Grecia del secreto bancario, pues los contratos eran celebrados sin la presencia de testigos, correspondiendo por ello al banquero (*trapezita*) la función de redactar el contrato que luego pasaba a sus registros, por ello los libros del *trapezita* habrían de servir de prueba. Donde ya aparece contemplada la institución del secreto bancario en una fuente de carácter jurídico es en Roma, concretamente en *Gaius I. I ad ed. Provinciale*, Digesto, 2.13.10.2, donde se autoriza a cada uno a examinar y copiar exclusivamente aquella parte de las cuentas necesaria para instruirse, negando el derecho a inspeccionar y copiar todas las hojas. Tras la caída del Impero Romano de Occidente la economía y el comercio en Europa, como consecuencia también la actividad bancaria, sufren un retroceso que se prolonga hasta la Baja Edad Media. A partir del siglo xv vuelven a encontrarse huellas del secreto bancario (concretamente en el Capítulo de los Hebreos florentino

Comparado, puede comprobarse cómo la institución está presente en la mayoría de los ordenamientos, variando en su extensión, eso sí, en función de los distintos límites impuestos. Pero realizada esta constatación surge inmediatamente la necesidad de delimitar el régimen jurídico de esta institución en el ordenamiento español, lo que obliga a identificar, en primer lugar, como no puede ser de otro modo, la normativa que lo contempla.

La nota más característica de la regulación del secreto bancario, y de la contratación bancaria en general, en nuestro país, es la dispersión normativa. En primer lugar, puede afirmarse que no existe una norma que de manera explícita se encargue de regular el deber de secreto. La base legal del secreto bancario en España, se encuentra, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 110/1984 y en otras posteriores, en el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución. Pero a partir de ahí, las normas que de alguna manera afectan a la institución, generalmente suponen limitaciones del deber de secreto o bien surgen como consecuencia de tales limitaciones, trasladando el deber de sigilo a otro sujeto que, por virtud de algún mandato legislativo, ha venido a tener conocimiento de informaciones cubiertas por el secreto bancario. No hay ningún precepto que establezca que los bancos están sujetos al deber de discreción en relación con las operaciones efectuadas por la clientela (14), si exceptuamos lo dispuesto en

de 1448, en las Instrucciones del Papa a Lorenzo de Médicis en relación a los Montes de Piedad), y, poco a poco en los estatutos de los Bancos (el de San Ambrosio de Milán, los del Banco de Hamburgo, etc.). En la legislación española del Antiguo Régimen no se encuentran referencias directas al secreto bancario, aunque sí aparece reconocida la prohibición de pesquisar de forma general los libros del comerciante, entre ellos, el banquero (Real Despacho del Consejo de Castilla de 14 de diciembre de 1745, recogido en la Novísima Recopilación, Lib. IX, tít. IV, Ley 15 y en las Ordenanzas de San Sebastián) y que pasará luego a los Códigos de Comercio de 1829 y 1885. Es a partir de mediados del siglo XIX cuando poco a poco en las diversas legislaciones nacionales van apareciendo menciones expresas al secreto bancario: así, se utiliza por primera vez la expresión secreto bancario "Bankgeheimnis" en el parágrafo 113 de la Ordenanza Prusiana sobre la Banca de 1846; el artículo 40 del Decreto francés de 7 de octubre de 1890 dispensa a los agentes de cambio de testificar en las jurisdicciones civiles o comerciales y los Estatutos del Banco de España contemplan desde 1856 el secreto bancario en todas sus redacciones.

(14) Durante mucho tiempo se intentó extraer la obligación de discreción de la banca a partir del artículo 23 de los Estatutos del Banco de España, en cuya virtud se prohibía al banco facilitar noticia alguna de los fondos que tenga en cuenta corriente, depósito o cualquier otro perteneciente a persona determinada, a no ser al propio interesado, a su representante legal o en virtud de providencia judicial. El problema se centraba en la aplicabilidad de este precepto a la Banca privada. GARRIGUES defendía dicha aplicabilidad en base a la STS de 28 de noviembre de 1928, según la cual era aplicable a los bancos privados la regulación de los contratos efectuada en el Reglamento del Banco de España (la sentencia, es en realidad, de 19 de noviembre de dicho año). Pero al margen de este pronunciamiento jurisprudencial, creemos que el deber de secreto contenido en el artículo 23 de los Estatutos del Banco de España podía

el artículo 53.4 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Régimen Económico y Fiscal de Canarias, precepto que opera sólo en la Zona Especial Canaria (15).

En consecuencia, una exposición sobre el Derecho Español en materia de secreto bancario, es, fundamentalmente, una exposición sobre sus límites; límites que aparecen contemplados en los más diversos sectores de nuestro ordenamiento, unas veces de forma explícita, y otras, las más, implícitamente.

Los límites más claros al deber de secreto bancario aparecen casi siempre en relación a algún organismo de derecho público, a cuyo favor se establece un deber de colaboración de la entidad financiera, debiendo ésta acceder a proporcionar la información que le sea solicitada o incluso facilitar periódicamente determinados datos sin necesidad de requerimiento al efecto. Pues bien, los supuestos más relevantes de levantamiento del secreto bancario frente al poder público, se establecen, en nuestro país, frente a los siguientes sujetos:

— *La Administración de Justicia.* De acuerdo con los artículos 118 CE y 17 LOPJ, todos deben colaborar con los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Si nos fijamos en el proceso penal, el banquero estará obligado, aunque ello suponga un levantamiento del secreto bancario, a denunciar los delitos públicos que presencie o de los que tenga conocimiento, pues no le afectan las excepciones a la obligación de denunciar que establece el artículo 263 LE Crim. Durante la fase de instrucción, podrá ser llamado a declarar como testigo, al no serle tampoco aplicables las dispensas del deber de testificar de los artículos 416 y 417 de la misma ley, y podrá ser obligado a la exhibición de libros o papeles (art. 575). En la fase de juicio oral, también podrá ser llamado a declarar como testigo.

En cuanto al proceso civil, la intervención de un banquero en la causa

muy bien extenderse a la Banca privada por elementales razones de analogía, al menos hasta la reforma de 1962, fecha de la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca y del RD de Nacionalización y Reorganización del Banco de España. Tras esta fecha, prohibida como norma general la realización de operaciones con particulares y convertido el Banco de España en un auténtico Banco central, resulta difícil poder hablar de analogía. De este modo, entendemos que el actual artículo 6 del RD Legislativo 1.298/1986 de 28 de junio, según la modificación efectuada por la L. 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores, no contempla un secreto bancario, sino un secreto funcional.

(15) “*El régimen de secreto bancario, al amparo del que se realizarán las actividades y operaciones de las entidades de crédito radicadas en la Zona Especial Canaria, obligará a dichas entidades a no revelar información relacionada con las operaciones que efectúen o con la identidad de sus clientes*”. A continuación, el precepto enumera una serie de supuestos en los que sí será procedente, sin embargo, proporcionar dicha información.

podrá tener lugar en la exhibición de documentos que obren en su poder (o en la de sus propios libros de comercio), en una declaración testifical y en la práctica de embargos sobre bienes que el ejecutado tenga depositados en la entidad.

Por lo que se refiere a la exhibición documental, el artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, salvo lo dispuesto en la propia ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad exclusiva cuando, pedida por una de las partes, el juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia. Para oponerse a la exhibición el banquero podría alegar su deber de secreto profesional, pero la decisión final corresponderá al órgano judicial. De manera análoga, en el caso de ser llamado a testificar, podría el banquero poner de manifiesto su deber de mantener el secreto bancario, también supeditado a lo que decida el juez o tribunal en el caso concreto. Efectivamente, el artículo 327 de la nueva ley procesal civil establece que cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo queda liberado de responder, se hará constar así en el acta.

Las entidades de crédito están llamadas, por último, a desempeñar un papel fundamental en el trámite de localización de bienes para el embargo. El artículo 590 de la LEC establece expresamente el levantamiento del secreto bancario, disponiendo que, a instancia del ejecutante que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el tribunal acordará, por providencia, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas para que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. El tribunal no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo o a través de su procurador debidamente facultado al efecto por su poderdante.

— *La Administración Tributaria.* El establecimiento de deberes de colaboración con la Administración Fiscal es consecuencia de la obligación de contribuir al sostenimiento del gasto público de conformidad con el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE). De todos los deberes de colaboración de las entidades financieras resultan de especial interés

los que obligan a facilitar información sobre sus clientes (16). Pues bien, en la fase de inspección tales deberes se detallan en los artículos 111 de la Ley General Tributaria (según la redacción dada por la L. 25/1995, de 20 de julio) y en los artículos 37 y 38 del Reglamento General de Inspección de Tributos (RD 939/86 de 25 de abril). De estos artículos se deduce la existencia de dos tipos distintos de deberes informativos: el de cumplir los requerimientos individualizados de información que realicen los órganos competentes de la Administración Tributaria y el de suministrar periódicamente determinados datos derivados de su relación con la clientela, sin necesidad de que medie requerimiento previo (17).

También en la fase de recaudación deben las entidades crediticias facilitar información a la Administración Tributaria; de ello se ocupan el artículo 132 de la Ley General Tributaria, los artículos 113 y siguientes del Reglamento General de Recaudación y, por lo que se refiere a la cooperación en esta materia con otros Estados de la Unión Europea, el RD 1.068/1988, de 16 de septiembre, por el que se desarrollan determinadas directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación (desarrollado por OM de 9 de octubre de 1989).

— *El Banco de España.* Efectivamente, nuestro Banco Central puede acceder al conocimiento de informaciones confidenciales, en primer lugar, como consecuencia del ejercicio de su función supervisora (arts. 7.6 de la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, modificada por la Ley 12/1998 y 43 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En segundo lugar, el acceso a información sobre la clientela puede derivar de las obligatorias comuni-

(16) Otros deberes de estas entidades van desde la colaboración en el embargo de dinero existente en cuentas bancarias para el pago de deudas tributarias hasta la colaboración en la gestión recaudatoria.

(17) Sin ánimo exhaustivo, pueden destacarse los siguientes supuestos de información por suministro de las entidades de crédito: 1/ *información sobre retenciones* (arts. 101.1 del RD 214/1999, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, 64.1 del RD 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el reglamento del Impuesto de Sociedades y 30.5 de la L. 41/1998, de 9 de diciembre, sobre la renta de no residentes y normas tributarias); 2/ *información sobre el NIF* (art. 15 del RD 338/1990, de 9 de marzo, sobre regulación del NIF); 3/ *información sobre planes y fondos de pensiones* (arts. 60, 62 y 72 del RD 1.397/1988, de 30 de septiembre, según la redacción efectuada por el RD 2.281/1998, de 23 de octubre); 4/ *información sobre las personas con derecho de uso y disposición sobre la cuenta* (DA 14.ª de la L. 13/1996, de 30 de diciembre y arts. 2 a 4 del RD 2.281/1998, de 23 de octubre); 5/ *información sobre determinadas operaciones con activos financieros* (DA 4.ª de la L. 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto de Sociedades y 5.2 del RD 2.281/1998, de 23 de octubre, por el que se desarrollan determinadas obligaciones de información a la Administración Tributaria); 6/ *información sobre deuda pública* (art. 4 del RD 536/1997 y art. 4 del RD 215/1999, de 5 de febrero); 7/ *información sobre la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas* (art. 66.1 del Reglamento del IRPF).

caciones a la Central de Información de Riesgos (art. 16 de la Ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España, y Circulares 3/1995, de 25 de septiembre, 6/1998, de 29 de mayo y 8/1999 de 27 de julio del Banco de España). Y, por último, no pueden olvidarse las facultades del Servicio de Reclamaciones para acordar las comprobaciones precisas para la obtención de datos y documentos (norma 13.^a de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela).

— *La Tesorería General de la Seguridad Social.* El artículo 36 del Tr. de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio y el artículo 117 del RD 1.637/1995, de 6 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, obligan a las personas o entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuenta, valores y otros bienes de deudores a la Seguridad Social en periodo ejecutivo a colaborar con la Tesorería General de la Seguridad Social, señalándose expresamente que el incumplimiento de estas obligaciones no podrá ampararse en el secreto bancario.

— *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social.* El artículo 11.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social impone unos deberes de colaboración con los funcionarios de este sistema de inspección. Se precisa que estas obligaciones alcanzan a las entidades colaboradoras de los órganos de recaudación de la Seguridad Social y a las depositarias de dinero en efectivo o de fondos en cuanto a la identificación de los pagos realizados con cargo a las cuentas que se señalan en el correspondiente requerimiento, sin que puedan ampararse en el secreto bancario.

— *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación.* El RD Ley 5/1994, de 29 de abril, establece el deber de entregar a estas Comisiones cuantos datos, informaciones, antecedentes o documentos estas requieran en relación con personas que desempeñen o hubieran desempeñado actividades como altos cargos públicos en la Administración, siempre que la investigación tenga un objeto relacionado con el desempeño de aquellos cargos y que tales datos sean imprescindibles, a juicio de la Comisión, para poder desempeñar la función para la que fue creada. Entre los sujetos obligados se menciona expresamente a las entidades de crédito.

— *La Comisión Nacional del Mercado de Valores.* Las entidades de crédito, en cuanto sujetas al régimen de supervisión, inspección y sanción

de la CNMV, deben proporcionar cuantas informaciones les sean solicitadas en relación con las materias objeto de la ley, al tiempo que deben poner a su disposición los libros, registros y documentos que se consideren precisos (art. 84.2 de la Ley del Mercado de Valores). En estas funciones, además, la CNMV podrá colaborar con las autoridades que tengan funciones semejantes en otros estados, en el marco del artículo 90 de la ley. Asimismo, la Comisión puede imponer que hagan pública determinada información sobre sus actividades relacionadas con el mercado de valores (art. 85). En otro orden de cosas, la propia ley se hace eco del peligro potencial de transmisión de información privilegiada en el seno de las entidades crediticias, obligando expresamente a éstas, entre otros sujetos, a adoptar medidas de aislamiento interno (art. 83 de la Ley, RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados, registros obligatorios y Circular 1/1998, de 10 de junio, de la CNMV, sobre sistemas internos de control, seguimiento y evaluación continuada de riesgos).

— *Los organismos encargados de la prevención del blanqueo de dinero.* En este sentido la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su reglamento, aprobado por RD 925/1995, de 9 de junio, establecen la obligación de comunicar al Servicio Ejecutivo aquellas operaciones consideradas como sospechosas de servir al blanqueo de dinero así como facilitar a este Servicio toda la información que le sea requerida en el ejercicio de sus competencias.

— *Las autoridades competentes en materia de control de cambios.* Así, el artículo 5 del RD 1.816/1991 de 20 de diciembre sobre transacciones económicas con el exterior establece una serie de medidas para evitar que las transacciones entre residentes y no residentes sean efectuadas sin control alguno y puedan servir de cauce para la evasión fiscal. Entre ellas se encuentra la obligatoriedad de la vía bancaria para determinadas operaciones, el establecimiento de un deber de proporcionar determinada información por parte del residente para poder efectuar la operación en cuestión, y, en fin, el deber de las entidades bancarias de transmitir dicha información al Banco de España y a los órganos competentes de la Administración del Estado.

— *El Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia.* Mientras que el artículo 29 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, impone el deber de proporcionar la información que sea solicitada por el referido Tribunal, los artículos 32 a 34 de la misma ley

(según la modificación efectuada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) establecen en relación al Servicio de Defensa de la Competencia, además de este genérico deber de colaboración, amplias facultades de investigación e inspección, incluido el examen, obtención de copias o realización de extractos de libros y documentos, incluso los de carácter contable.

Las entidades de crédito deben, asimismo, colaborar con *los auditores de cuentas* en el ejercicio de sus funciones (18) y hacer públicos determinados datos de los clientes en las situaciones de *abandono de depósitos y cuentas* (19).

De manera correlativa al establecimiento de excepciones al secreto bancario, resulta necesario fijar las correspondientes garantías en la actuación de la administración, trasladando, por ejemplo, el deber de secreto a aquellos sujetos que en el desempeño de sus funciones han venido a tener conocimiento de datos cubiertos por el secreto profesional de la banca, o estableciendo un procedimiento especial para formular determinados requerimientos de información, como ocurre con el artículo 111.3 de la LGT en relación a los movimientos de cuentas corrientes. Cosa distinta es que tales límites a un derecho fundamental sean, en todos los casos, los más adecuados.

Finalmente, no cabe olvidar que el empleo de la informática en la contratación, también en la contratación bancaria, puede llegar a vulnerar, si es utilizada de forma abusiva, el derecho a la intimidad del cliente y el derecho a la protección de sus datos personales (pensemos por ejemplo, en la cesión de las informaciones sobre los clientes contenidas en las bases de datos de una entidad de crédito). Por ello, en el régimen del secreto bancario hay que tener muy en cuenta la incidencia de la normativa sobre protección de datos personales, especialmente, la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, sobre *normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal* (20). Ahora bien, conviene matizar que no toda la

(18) Artículo 13 de la Ley 19/1988 de Auditoría de Cuentas y 43 de su Reglamento.

(19) Efectivamente, el artículo 29.2 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, declara abandonados por su titular, y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad; régimen que es aplicable también a los saldos de cuentas corrientes abiertas en las referidas entidades. Pues bien, para la declaración de abandono el RD Ley de 24 de enero de 1928 establece una serie de excepciones al secreto bancario, como la publicación de los oportunos anuncios en la *Gaceta de Madrid* y en los diarios de la localidad para el llamamiento a titulares o herederos de los depósitos o cuentas, o la oportuna comunicación a la Delegación de Hacienda.

(20) Otras normas de interés en relación con el tema que nos ocupa son las Instrucciones de la Agencia de Protección de datos de 1 de marzo de 1995, sobre prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y de crédito, la de 4 de mayo del mismo año

materia cubierta por el secreto bancario queda, al mismo tiempo, protegida por el radio de acción de esta normativa. Así ocurre, por ejemplo, con los datos correspondientes a las personas jurídicas, a quienes no resulta de aplicación la mencionada ley (en la que se define al “afectado” o “interesado” como la persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento). Por otra parte, La Ley de Protección de Datos Personales protege a los ciudadanos de las intromisiones en la intimidad causadas exclusivamente por medio del abuso en el empleo de los métodos informáticos, mientras que el secreto bancario ampara las violaciones contra ese mismo bien jurídico pero cometidas por cualquier medio.

Pero si la evolución del secreto bancario está marcada por la progresiva reducción de su ámbito de aplicación frente a la autoridad pública, puede afirmarse que, hoy en día, la operatividad fundamental de la institución se sitúa en el terreno de las relaciones entre particulares. Teniendo en cuenta que no existe una normativa que de manera directa y expresa determine si una entidad financiera debe comunicar informaciones sobre un cliente cuando el solicitante de dicha información es un simple particular o si, por el contrario, debe oponer el secreto bancario, serán respectivamente las disposiciones del Derecho de familia, de sucesiones, las normas sobre capacidad, sobre representación en las sociedades, etc., las que habrá que tomar en consideración en cada caso concreto. Ejemplo de ello nos ofrece el estudio del régimen jurídico del secreto bancario en las relaciones económicas entre los cónyuges y en los supuestos sucesorios, que pasamos a analizar en los apartados siguientes.

sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal y la de 19 de enero de 1998, que desarrolla la regulación sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en ficheros automatizados. Tampoco conviene perder de vista el artículo 19 del Reglamento Interno del Banco de España (aprobado por resolución de 28 de marzo de 2000) que, al tiempo que recuerda la obligación de tener presentes las disposiciones sobre tratamiento de datos de carácter personal en las informaciones, que, obrantes en el Banco, afecten a este tipo de datos, impone a este organismo el deber de dictar las pertinentes instrucciones que regulen el tratamiento de los datos existentes en la entidad. Por lo que se refiere a la protección de datos personales en las autopistas de la información, hay que tener en cuenta la Recomendación n.º R (99) 5 del Consejo de Europa de 23 de febrero de 1999, sobre la protección de la vida privada en Internet, así como la Recomendación n.º R (90) 19 del mismo organismo sobre protección de datos de carácter personal utilizados con fines de pago y otras operaciones conexas, adoptada el 13 de septiembre de 1990. En el ámbito comunitario y sobre esta materia se ha dictado la Recomendación de 8 de diciembre de 1987 en la que se establece un código de buena conducta en materia de pago electrónico.

4. El secreto bancario en las relaciones económico matrimoniales

A. Planteamiento.

Como es sabido, nuestra Constitución en su artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley. Conforme con ello, el artículo 66 del Código civil proclama que el marido y la mujer son iguales en deberes y en derechos. Efectivamente, tras las reformas de 2 de mayo de 1975 y 13 de julio de 1981, ambos cónyuges tienen plena capacidad para realizar todo tipo de negocios y contratos, incluidos, por supuesto, los bancarios (21). Más específicos en este punto que el Código civil español resultan el francés y el portugués, en cuanto afirman expresamente la autonomía bancaria de los esposos. En efecto, el artículo 221 del Código civil francés, según la redacción dada tras la reforma de 13 de julio de 1965, dispone que cada esposo puede hacerse abrir, sin el consentimiento del otro, cuentas y depósitos de valores a su nombre personal. Frente al depositario, se presume que el depositante tiene, incluso tras la disolución del matrimonio, la libre disposición de los bienes y los títulos en depósito (22). Paralelamente, el artículo 1.680 del Código civil portugués dispone que cualquiera que sea el régimen de los bienes, podrá cada uno de los cónyuges hacer depósitos bancarios a su nombre exclusivo y manejarlos libremente.

Puesto que cada cónyuge puede estipular libremente contratos con una entidad bancaria, resulta forzoso preguntarse si el deber de sigilo del Ban-

(21) Cfr. LACRUZ BERDEJO, "Algunos aspectos (más o menos mercantiles) de la reforma del régimen económico del matrimonio", *RDBB*, 1982, p. 538; LAUROBA LACASA, "Cuentas corrientes bancarias y régimen económico matrimonial", *Contratación bancaria*, coord. por del Pozo Carrascosa y Díaz Muyor, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998, p. 427, y *Manual jurídico de las operaciones bancarias*, Banco Central Hispano, 3.ª ed., Madrid, 1997, t. I, p. 112.

(22) La autonomía bancaria de los esposos ha sido reafirmada recientemente por la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 3 de julio de 2001 (publicada en *Rev. Dr. bancaire*, 2001, p. 280). La entidad de crédito pretendía eximirse de su responsabilidad por la entrega de unos títulos al cónyuge del titular de una cuenta de ahorro, alegando que como los títulos que figuraban en la cuenta abierta a nombre de uno de los esposos tenían carácter ganancial, su empleo por el otro cónyuge debía reputarse realizado en interés de la comunidad. Frente a esta argumentación recuerda la *Cour de cassation* que si bien cada uno de los cónyuges puede administrar los bienes comunes, el artículo 221 del Code civil les faculta para abrir una cuenta personal sin el consentimiento del otro, a lo que añade que el banquero depositario no puede restituir los fondos depositados más que a aquél a cuyo nombre se ha constituido el depósito o ha sido facultado por éste para recibirlo. La sentencia ha sido acogida favorablemente toda vez que rompe con el precedente en sentido contrario sentado por la sentencia del mismo tribunal de 11 de junio de 1991. Por lo demás, como recuerda la sentencia de la *Cour de Cassation* de 21 de noviembre de 2000 (*Rev. dr. bancaire*, 2001, p. 10) el artículo 221 del Code no afecta más que a las relaciones entre el cónyuge depositante y el banco depositario, y no a las relaciones entre los cónyuges relativas a las sumas o valores depositados en la cuenta abierta a nombre de uno solo de los cónyuges.

co puede verse, en alguna medida, afectado por la situación matrimonial del cliente. Entendemos que para dar respuesta a esta cuestión es preciso diferenciar las diversas hipótesis que pueden plantearse en la práctica. Efectivamente, no sólo habrá de tenerse en cuenta el régimen matrimonial que en cada caso regule las relaciones económicas de los cónyuges, sino también las distintas situaciones posibles en la titularidad de la cuenta.

B. Supuestos de cotitularidad.

En primer lugar, ha de pensarse en el supuesto de cotitularidad en la cuenta. Tal cotitularidad puede ser conjunta (o indistinta) o mancomunada. En el primer caso, cualquiera de los cónyuges puede disponer de la cuenta de forma individual, en el segundo, por el contrario, es necesario el consentimiento de ambos (23). Ante un supuesto de titularidad plural, en general, lo habitual es que la información sobre la misma se remita a uno de los cotitulares, normalmente el designado para ello en el contrato (24).

(23) Sobre la frecuencia con la que se acude a la utilización de este tipo de cuentas entre cónyuges (independientemente de cual sea su régimen económico matrimonial) *vid.* MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 1993, p. 20, nota 14; DAUCHY, "L'influence du droit civil sur le droit bancaire", *RTDCom*, 1986, p. 13, y HERAS HERNÁNDEZ, *Los sujetos en el contrato de depósito*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 280. ALAGNA, *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*, Cedam, Padova, 1988, pp. 116 y ss., advierte sobre la utilidad de este mecanismo de las cuentas indistintas (a nombre no sólo del empresario y su cónyuge, sino también de otros familiares) en los casos de empresas familiares. En contraste con el frecuente recurso a este instrumento, sólo en algunas condiciones generales de cuentas corrientes se realiza una mínima referencia a las cuentas indistintas abiertas por un matrimonio, incluyéndose la siguiente cláusula: "En el caso de apertura de cuenta indistinta a nombre de esposos cuyo régimen matrimonial atribuya la administración de los bienes a uno sólo de ellos, se entenderá concedida al otro cónyuge la autorización o licencia precisa para disponer de la misma sin limitación".

(24) Ya lo entendía así el artículo 11 de las Normas Bancarias Uniformes redactadas por la Asociación Bancaria Italiana de 1952 sobre el depósito en cuenta corriente: "*Cuando la cuenta está encabezada por más de una persona, las comunicaciones, las notificaciones y los extractos de cuenta, a falta de acuerdo especial, pueden hacerse por la Entidad de Crédito a uno sólo de los cotitulares, y son operativos, a todos los efectos también frente a los otros. La persona autorizada para representar a los cotitulares debe ser nombrada por escrito de todos. La revocación de la facultad de representación podrá hacerse también por uno sólo de los cotitulares, mientras que la modificación de la facultad deberá hacerse por todos. Por lo que concierne a la forma y efectos de la revocación, modificación y renuncia vale lo establecido en el segundo apartado del artículo 1. Las otras causas de cese en la facultad de representación, tendrán efecto también si son relativas a uno sólo de los cotitulares. En todo caso se aplicará lo dispuesto en el apdo. 3 del artículo 1*". La misma disposición se repite para los depósitos en cuenta corriente y para los depósitos de títulos y valores en simple custodia. El texto se mantiene en el artículo 12 de las "Normi per i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi", dadas por la ABI el 3 de febrero de 1995 y en el número 8.4 de la Circular de la misma entidad de 26 de junio de 2000 (Protocolo de entendimiento con las asociaciones de consumidores, publicado en *BBTC* 2000-I, pp. 660 y ss.).

Pero no por ello quedan los demás privados de la facultad de pedir la información que crean oportuna sobre la marcha de la cuenta (25), incluso aunque se trate de un cotitular que no ostente la propiedad real de los fondos (26). De este modo, puede afirmarse que el secreto bancario no es oponible entre los distintos cotitulares (27).

El fundamento de esta afirmación resulta evidente cuando se trata de cuentas indistintas. Si la esencia del pacto de solidaridad, que está en la base misma de este tipo de cuentas, reside en el hecho de que cada uno de los titulares puede *disponer* de la totalidad del saldo, siguiendo la regla *a maiore ad minus*, parece lógico entender que quien tiene facultades para la disposición de los fondos de la cuenta, las tenga también para *pedir la información* sobre la misma. En los casos de las cuentas mancomunadas, en cambio, las disposiciones de fondos deben efectuarse con el concurso de todos los cotitulares. Ahora bien, la apertura de cuentas mancomunadas obedece a una comunidad de intereses, por lo que parece difícil que el Banco pueda rehusar dar la información que pida uno sólo de los cotitulares mancomunados (28). Las diferencias entre cuentas conjuntas y mancomunadas se refieren únicamente a la forma de disposición sobre la cuenta, por ello, puede afirmarse que el concurso de todos los cotitulares es necesario *sólo* para la retirada de fondos, pero no para efectuar ingresos (29) o para un simple acto de administración cuál es pedir información sobre la cuenta.

No obstante lo anterior, la doctrina coincide en señalar que la información que puede facilitarse a los cotitulares tiene como límite la cuen-

(25) En este sentido afirma MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 171, que el Banco está obligado respecto a todos y cada uno de los cotitulares –aún siendo la cuenta conjunta– a facilitarles cuanta información requieran sobre el estado de la cuenta y los movimientos que en ella se hayan producido, con independencia de la comunicación periódica de los extractos de cuenta, con indicación de los asientos de cargo y abono y las liquidaciones semestrales de intereses que efectúa normalmente todo Banco en cada cuenta.

(26) Cfr. AUBERT-KERNEN-SCHÖNLE, *El secreto bancario suizo*, EDESA, Madrid, 1990, p. 261.

(27) No puede considerarse la cotitularidad de una cuenta como supuesto análogo al de la copropiedad de acciones (art. 66 LSA) o de participaciones (art. 35 LSRL), donde los copropietarios vienen obligados a designar a uno de ellos para que ejercite los derechos derivados de la acción o participación, quedando los demás cotitulares sin legitimación para ejercitar el derecho de información (cfr. PANTALEÓN PRIETO, "Copropiedad, usufructo, prenda y embargo", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigidos por URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1992, p. 49). En el caso que nos ocupa, en cambio, los cotitulares de una cuenta (que no tienen por qué ser copropietarios de los fondos) tienen idénticas facultades para el ejercicio de los derechos.

(28) Cfr. GAVALDA-STOUFFLET, *JCC-Banque-Crédit*, t. I, 140, p. 14, y SALANITRO, "Il segreto bancario", *Giur. Comm.*, 1977-I, p. 80.

(29) En igual sentido, MÓXICA ROMÁN, *La cuenta corriente bancaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 164.

ta misma. De ese modo, nada se podrá decir, por ejemplo, sobre el destino de los fondos retirados por el cotitular (30).

En resumen, no parece, en principio, que de tratarse de una cuenta de la que sean cotitulares ambos cónyuges (ya sea esta titularidad conjunta o mancomunada) exista alguna especialidad por el hecho de que los cotitulares estén ligados por el vínculo matrimonial. Cada cónyuge, entendemos, tiene un derecho de información sobre todas las operaciones de la cuenta. El problema que surge con mayor frecuencia en relación con estas últimas es el de la posibilidad de ordenar el bloqueo de las mismas a instancias de uno sólo de los esposos, problema diferente del originado por el secreto bancario.

C. Supuestos de titularidad exclusiva de la cuenta.

El verdadero problema del secreto bancario en las relaciones económico matrimoniales se plantea, como es obvio, cuando una cuenta es de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges. Según expusimos en el apartado anterior, el secreto bancario puede verse levantado bien por el consentimiento de su titular (31) o bien por disposición de ley. Efectivamente, el titular bancario (o “dueño del secreto”) puede haber conferido a su cónyuge un apoderamiento, aunque ninguno de los cónyuges pueda atribuirse la representación del otro sin que le haya sido conferida (art. 71 C.c.). En este caso, la inoponibilidad del secreto bancario al cónyuge del titular deriva no de su situación matrimonial, sino de su condición de apoderado del titular, hipótesis que entra de lleno en la excepción al secreto bancario basada en el consentimiento del cliente. Puesto que la extensión del poder de representación es distinta según los casos, también la información que puede facilitar la entidad de crédito diferirá de un supuesto a otro, correspondiendo al Banco la tarea de examinar en cada caso si las noticias pedidas guardan relación con los poderes conferidos por el representante (32). En general se admite que es suficiente para que el secreto bancario sea inoponible al representante con que éste cuente con un poder general o con un poder para realizar determinadas operaciones por cuenta del cliente, no siendo necesario un poder específico

(30) En este sentido, MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 171; EMBID IRUJO, *La cuenta corriente bancaria en el marco de la contratación de las entidades de crédito*, cit., p. 314; BOUTELLIER, *op. cit.*, p. 8; AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, pp. 261 y ss., y GAVALDA y STOUFFLET, *loc. ult. cit.*

(31) Ya en el Digesto (2.13.6.5) se consideraba habilitado al mandatario para solicitar al *argentarius* la exhibición de cuentas de su mandante.

(32) Cfr. SANTINI, “Note sul segreto bancario”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1949, p. 661, y GIANFELICI, *Il segreto bancario. Norme civile, penale e fiscali*, Giuffrè ed., Milán, 1996, p. 254.

para acceder a la información bancaria del representado (33). Ahora bien, a semejanza de lo que ocurre en otros supuestos de levantamiento del secreto bancario (v. gr. frente a los sucesores o a los síndicos) no procederá la comunicación de los llamados “hechos personalísimos” del cliente, salvo que la misma sea imprescindible para que el apoderado pueda realizar las tareas que tiene encomendadas (34).

Algo parecido ocurrirá en aquellos supuestos en los que, en lugar de haberse otorgado un apoderamiento, se haya conferido al otro cónyuge la cualidad de “autorizado” para disponer de la cuenta como si fuese el propio titular (35). Si se tiene autorización para lo más (disponer) es evidente que debe tenerla para lo menos (solicitar información).

En supuestos muy concretos, uno de los cónyuges puede tener atribuida la representación legal del otro. Como es sabido, la representación legal de uno de los cónyuges puede ser conferida al otro en los casos de desaparición (art. 181, párrafo 2.º del C.c.), declaración de ausencia (art. 184.1) y minoría o incapacidad (art. 234.1). La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá entonces por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante leal de su consorte (art. 1.387 C.c.). Idénticos derechos de información deberá tener, lógicamente, el cónyuge al que se le hubiera atribuido la administración de la sociedad de gananciales cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado a la familia o existiese separación de hecho (arts. 1.388 y 1.389). En estos casos, es la propia ley la que establece un límite al mantenimiento del secreto bancario.

Ahora bien, al margen de los supuestos anteriores, ¿puede uno de los esposos dirigirse al Banco para interesarse por el estado de la cuenta de

(33) Sin embargo, esta exigencia existe en algunos ordenamientos, como el libanés, en el que el artículo 2 de la Ley de 3 de septiembre de 1956 prescribe la obligatoriedad de la forma escrita para la autorización del cliente a la revelación.

(34) Cfr. JAGMETTI, “Il segreto bancario in Svizzera”, *Dir. Fall.*, 1969-I, p. 402, y SECCHI TARUGUI, “In tema di segreto bancario (Note sent. Corte Suprema di Cassazione, 18-VII-1974)”, *For. it.*, 1975-I, p. 1463. Como ejemplo de informaciones que no se pueden comunicar a los colaboradores ponen GAVALDA y STOUFFLET, *loc. ult. cit.*, los casos de operaciones no registradas sino de negocios particulares en los que el banquero ha intervenido o ha tenido conocimiento, como la toma de participación, o la cesión de empresa o de mayoría, la introducción de acciones en Bolsa (sobre todo si tales negocios están en fase de negociación o de preparación).

(35) Como indica MÓXICA ROMÁN, *op. cit.*, p. 143, el documento privado de autorización puede ser una carta que dirige el cuentacorrentista al banco, o bien, más frecuentemente, un impreso de autorización que tiene cada entidad bancaria y que suscribe el cuentacorrentista, firmando además el autorizado en la cartulina de firmas relativa a la cuenta, al objeto de que quede oportunamente registrada su firma, como una más de las que pueden operar en la cuenta.

la que es titular exclusivo el otro sin el consentimiento de éste? Para responder a esta cuestión es necesario referirse a los distintos tipos de regímenes económico matrimoniales existentes.

a) Regímenes de comunidad de bienes (36).

La problemática de la oponibilidad del secreto bancario entre cónyuges resulta más compleja en los regímenes comunitarios, ya que en ellos se entremezclan cuestiones referentes a diversos planos: el de la naturaleza (privativa o ganancial) de los fondos (o deudas) existentes en una cuenta; el de la administración de la comunidad y el de la persona que haya concluido el contrato bancario. El eventual derecho del cónyuge del cliente de una entidad de crédito a solicitar información directamente del Banco suscita, a primera vista, consideraciones de distinto signo:

1) De un lado, la cuenta que figura a nombre de uno de los cónyuges puede estar nutrida por bienes gananciales, cuya gestión, en defecto de pacto, está encomendada conjuntamente a ambos esposos -1.375 C.c.- (37), bienes respecto de los cuales el cónyuge no titular de la cuenta es copropietario, por lo que es evidente el interés de éste en conocer la marcha de la cuenta en cuestión, máxime si consideramos que, en ocasiones, el banquero estará al corriente del carácter ganancial de tales bienes (por

(36) Entre los regímenes de comunidad limitada se comprenden en nuestro país, además de los que libremente se hayan podido pactar en capitulaciones, los siguientes regímenes legales: la sociedad de gananciales del Derecho Común (arts. 1.344 y ss. C.c.) y de Galicia (art. 112 de la L. 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia), la comunidad de bienes aragonesa (arts. 37 y ss. de la Ley 15/67 de 8 de abril sobre Compilación de Derecho Civil de Aragón) y la sociedad conyugal de conquistas (Leyes 82 y ss. de la L. 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Todos estos regímenes presentan, como nota común, la existencia de dos masas de bienes: una común a ambos cónyuges y otra privativa para cada uno de ellos. Frente a ellos, los regímenes de comunidad absoluta hacen comunes al matrimonio todos los bienes de los cónyuges, ya sean los aportados al matrimonio o los adquiridos con posterioridad y cualquiera que sea el título de adquisición. Ejemplo de este tipo de comunidad (bastante residual en la práctica), en nuestro Ordenamiento, con independencia de los pactados en capitulaciones, lo constituyen la comunicación foral de bienes de Derecho Vizcaíno (arts. 95 y ss. de la L. 3/92, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco) y el Fuero del Baylio. También la Compilación Navarra regula en sus Leyes 101 y 102 un régimen de comunidad universal de bienes a la que se puede optar en virtud de pacto. En realidad, la posibilidad de levantar el secreto bancario frente al consorte del cliente sólo se ha defendido en relación a los bienes comunes. Por ello hemos creído oportuno referirnos a todos los supuestos de comunidad de forma conjunta, sin distinguir entre sus diversos tipos.

(37) Efectivamente, el citado precepto dispone que *en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.*

ejemplo, si sabe que proceden de los rendimientos de su actividad profesional, sobre todo si se trata de cuentas abiertas con posterioridad a la celebración del matrimonio) al constituir una práctica habitual, a la hora de abrir una cuenta, la de exigir una declaración en la que se haga constar el régimen económico por el que se rige el matrimonio (38).

2) De otro, cabe considerar que el deber de información recíproca entre cónyuges sólo afecta a las relaciones internas de éstos, presentándose el banquero como un tercero extraño que sólo debe informar a aquél con quien contrató, y que está obligado a oponer su deber de secreto profesional a cualquier tercero (39).

En la doctrina española sólo BÉRGAMO se ha pronunciado sobre esta cuestión. El autor se decanta por la primera de las posibilidades expuestas, al entender que cuando los esposos se hallan sometidos a un régimen de comunidad, esta se proyecta también sobre el secreto profesional, de tal manera que cada uno de los cónyuges viene a tener la misma titularidad (40). Pero esta posición, que sigue la corriente doctrinal preponderante en Francia, no resulta sostenible, como trataremos de demostrar, ni a la luz de las disposiciones del Código civil que regulan la sociedad de gananciales ni a la de los principios inspiradores de ésta.

En la doctrina extranjera las opiniones están divididas entre quienes consideran que durante el matrimonio no puede comunicarse al cónyuge de un cliente ningún informe relativo a sus cuentas personales (41), y

(38) S. AP Bilbao (Sección 4) de 13 de noviembre de 1992 (AC 1993-2, @ 369). En algunas condiciones generales de contratos de cuenta corriente, se establece, además, que en caso de que se produzca un cambio en el estado civil del cliente, el representante legal deberá acreditar el hecho mediante las certificaciones correspondientes (cfr. CANO RICO, *Manual práctico de la contratación mercantil*, t. II, 3.ª ed., Madrid, 1993, p. 52).

(39) Como simple anécdota, cabe recordar aquí uno de los episodios, que, a juicio de FARHAT (*Le secret bancaire. Etude de Droit Comparé (France, Suisse, Liban)*, LGDJ, París, 1970, p. 19), ejemplificaba lo que él denomina "la ética medieval de discreción de los negocios". El autor, transcribiendo un pasaje de Jacques Le Goff, da noticia de cómo, en el siglo XV, un tal Léon Battista Alberti recomienda a su banquero "no poner en conocimiento de los miembros de su familia, comenzando por su mujer, el secreto de los negocios".

(40) BÉRGAMO, *Sociedades anónimas (las acciones)*, t. II, Prensa Castellana, Madrid, 1970, p. 796.

(41) Cfr. RUTA, "Le secret bancaire en droit italien", en *Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, t., p. 134; SCHÖNLE, *ibíd.*, p. 195; AUBERT-KERNEN-SCHÖNLE, *El secreto bancario suizo*, cit., pp. 195 y ss.; FARHAT (*Le secret bancaire. Etude de Droit Comparé -France, Suisse, Liban-*, cit., p. 95), GRUA, *Responsabilité civile du banquier*, JCC Banque-Crédit, 150, p. 9, y GAVALDA-STOUFFLET, *Juris Classeur Commercial, Banque-Crédit*, t. I, 140 y *Droit du Crédit, Les institutions*, t. I, p. 403. Sin embargo, a juicio de estos últimos autores, la autonomía bancaria de los esposos termina con la muerte de uno de ellos, y, al encontrarse indivisos los valores comunes de la cuenta entre el cónyuge superviviente y los herederos, los bancos deben proporcionar al notario encargado de la sucesión y a los herederos, los informes que pidan sobre las cuentas del cónyuge superviviente casado en régimen de comunidad.

quienes distinguen entre regímenes de separación de bienes, en los que ninguno de los cónyuges puede obtener informaciones sobre los bienes que aparezcan en la cuenta del otro y los regímenes de comunidad, en los que, por ser los bienes comunes propiedad de ambos esposos, se entiende que el Banco no faltaría al deber de secreto si facilitaran algunos datos esenciales, como mínimo, el saldo de la cuenta (42).

Por lo que se refiere a nuestro Ordenamiento, de la normativa contenida en el Código civil sólo parece poderse extraer, en principio, un derecho de información *recíproca* de los cónyuges sobre sus actividades económicas (43), y ello en base al artículo 1.383 C.c. que establece el

(42) En este sentido, SUPERVIELLE SAAVEDRA, *El depósito bancario*, Universidad de la República, Montevideo, 1960, p. 215; VILLEGAS, *La cuenta corriente bancaria y el cheque*, 2.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 166; VÉZIAN, *La responsabilité du banquier en Droit Privé Français*, 12.^a ed., Librairies Techniques, París, 1977, p. 241; MULLER, *Le secret bancaire dans la CEE...*, cit., p. 107; JAGMETTI, *op. cit.*, p. 403 (para quien los acuerdos estipulados en el momento de apertura de la cuenta o del depósito no son determinantes, lo decisivo es el régimen matrimonial existente entre los cónyuges); HENRION, *Le secret bancaire en Belgique*, *ibid.*, p. 169, y *Le secret professionnel du banquier*, cit., pp. 68 y ss., y BOLLMAN, "Switzerland", *International Bank Secrecy*, coor. Campbell, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, p. 676. Al afirmar que en los regímenes de comunidad cada esposo, sin ninguna otra condición, está autorizado a informarse sobre los activos que figuran a nombre del otro, este último autor sale al paso de la doctrina dominante en la época que, partiendo de la noción de que le correspondía sólo al marido el poder de administración y gestión, negaba el derecho de la esposa a pedir informaciones sobre la cuenta abierta por el marido, afirmando, en cambio, el derecho del esposo de obtener informes sobre las operaciones realizadas por la mujer. Por su parte, GAVALDA ("Le secret des affaires", *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, París, 1965, p. 307) plantea la posibilidad de entender incluida a la esposa en la expresión "comunidad" a la que se refiere el artículo 14 del Código de Comercio francés (este precepto, como vimos, prohibía la comunicación a la Justicia de libros e inventarios salvo en los casos de sucesión, *comunidad*, disolución de sociedad y quiebra), puesto que, aún sin tener poderes de gestión o disposición sobre los bienes comunes, sí que tiene al menos una vocación de conocer la gestión, siendo confidente necesario del secreto de los negocios del matrimonio. Expresamente entienden comprendida a la comunidad conyugal en la "comunidad" del artículo 14 HOUIN, y RODIERE, *Droit Commercial*, t. I, 6.^a ed., Sirey, París, 1978, p. 59. Finalmente, VIGO (*op. cit.*, p. 37) menciona al cónyuge entre las personas legitimadas para recibir información, pero limitándolo sólo a los supuestos de adquisición de títulos, sin hacer diferenciación entre tipos de régimen económico matrimonial.

(43) En igual sentido AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*op. cit.*, p. 200) en relación con los artículos 154, 189 y 214 del Código suizo de las Obligaciones, y SICHTERMANN respecto al parágrafo 1.379 del BGB. Sin embargo, el autor parece confundir los planos de la titularidad de la relación jurídica con el banco y el de la administración de la comunidad, lo que le lleva a realizar afirmaciones a primera vista contradictorias: si, por un lado, manifiesta que tras la reforma del Derecho de Familia los cónyuges no tienen ninguna posibilidad de pedir información sobre los asuntos del otro en un banco y que el citado precepto sólo confiere al cónyuge un derecho de información frente al otro cónyuge pero no frente a un tercero (y ello tanto en el régimen de separación como en el de comunidad de bienes); afirma a continuación que si los cónyuges han convenido una comunidad de bienes, el derecho de información sobre una cuenta nutrida con fondos comunes estará en función de la forma de administración de la comunidad; por consiguiente, el derecho de información correspondería sólo a uno de los cónyuges, si

deber de los cónyuges de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya.

La consecuencia de la falta reiterada y grave de este deber de información es la posibilidad que tiene el esposo no informado de pedir la disolución de la sociedad de gananciales -1.393.4 C.c.- (44). Queda claro tras la lectura de estos preceptos que el deber de información incumbe *al otro cónyuge*, y que la infracción de tal deber no da derecho a acudir a un tercero (Banco) a solicitar la información, ni siquiera por mediación del Juzgado, sino sólo a pedir la disolución de la sociedad (45). Defender la existencia de un derecho de información equivaldría a introducir un mecanismo que podría enturbiar gravemente las relaciones familiares. Es más, la regulación de la sociedad de gananciales ha sido criticada por algunos en el sentido de que acude excesivamente a la resolución de conflictos por un tercero, el juez, cuando los cónyuges no son capaces de llegar a un acuerdo -así, por ejemplo, la venia supletoria para realizar actos

sobre él recae la referida administración, o a ambos *de forma conjunta* (lo que entorpecería en buena medida la marcha de la comunidad) si es administrada por los dos conjuntamente. Pero por mucho que la gestión de la comunidad sea conjunta, nada impide que uno sólo de los cónyuges realice, por ejemplo, un depósito en cuenta corriente de fondos gananciales (acto de administración ordinaria de la comunidad que no requiere el consentimiento de ambos esposos), siendo, en consecuencia oponible a su cónyuge el secreto bancario. Idéntica confusión está presente en GIANFELICI, *op. cit.*, p. 273, puesto que, si bien afirma la legitimidad de la petición de información por uno de los cónyuges dirigida a conocer noticias relativas a relaciones bancarias instauradas por ambos cónyuges, lo que, a primera vista, pudiera llevar a pensar que para *determinar a quien corresponde, en cada caso, el acceso a la información bancaria*, atiende el autor al criterio de la persona que encabeza la relación jurídica frente al banco, en realidad sigue el criterio de la administración de la comunidad. Por ello afirma que, vigente el régimen de comunidad, ninguno de los cónyuges podrá solicitar información sobre relaciones bancarias instauradas por el otro cónyuge *cuando se refieran a actividades que formen parte de los bienes personales, a menos que se demuestre que los bienes objeto de la relación bancaria (por ej. de depósito), aunque encabezadas por el otro cónyuge formen parte del llamado "fondo patrimonial"* (se trata de un fondo cuya administración compete a ambos cónyuges, previsto por el artículo 167 del C.c. italiano, que se constituye destinando determinados bienes muebles o inmuebles inscritos en registros públicos o títulos de crédito para hacer frente a las necesidades de la familia). Sin hacer distinción entre regímenes económicos, niegan la existencia de un derecho autónomo de los esposos a obtener información sobre las operaciones del otro (fuera de los supuestos de representación legal y voluntaria) RUTA (*Le secret bancaire en Droit Italien*, cit., p. 134), RIVES-LANGUE y CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit.*, p. 161, nota 8 y BONNEAU, *op. cit.*, p. 228.

(44) *Vid.* STS de 4 de mayo de 1998 (Ar. 2.495), en la que el Alto Tribunal declara disuelta la sociedad de gananciales basándose en el "incumplimiento, por parte del marido, del deber de informar a su esposa sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas, consecuentemente a la falta de convivencia" (el matrimonio se encontraba separado de hecho).

(45) Tampoco puede imponerse el cumplimiento forzoso de este deber al cónyuge incumplidor (LÓPEZ SÁNCHEZ, "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981", *RJC*, 1983, p. 613).

de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales en interés de la familia, cuando uno de los cónyuges se negare a prestarlo en los términos del artículo 1.377, párrafo segundo C.c. (46)–, proponiendo como solución alternativa al recurso a los Tribunales, el favorecimiento de la disolución de la sociedad de gananciales (47).

Otras razones vienen a jugar en apoyo de la anterior conclusión. En primer lugar, no conviene olvidar que el matrimonio no puede suponer una restricción de la capacidad de obrar de las personas casadas (48). Y la capacidad del cónyuge que entabla relaciones con una entidad de crédito, en alguna medida, se vería menoscabada si se gravasen las actuaciones que en ella realice con el establecimiento de un derecho de información en favor de un tercero no parte en el contrato.

De otro lado, la autonomía bancaria de los esposos a la que nos referíamos al comienzo del presente epígrafe, se hace especialmente patente si atendemos al régimen establecido en los artículos 1.384 y 1.385 del Código civil. Con estos artículos se sientan determinadas excepciones al principio de administración conjunta, permitiendo actuaciones separadas e independientes de cada uno de los cónyuges respecto a bienes comunes, en atención a la naturaleza especial de tales bienes y en aras de la seguridad del tráfico. De este modo, dispone el primero de los referidos preceptos que “*serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*”; mientras que el segundo establece que “*los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza,*

(46) “Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes”.

(47) Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, EDERSA, Madrid, 1982, p. 296. En la S. de la AP de Bilbao que dio lugar al recurso de casación resuelto por S. de 4 de mayo de 1998 (*vid. supra*) el Tribunal ponía especial énfasis en señalar que la sociedad de gananciales no tiene razón de ser cuando se rompe la convivencia y afectividad, puesto que la propia situación de separación conlleva que los cónyuges incumplan sus deberes en relación a los bienes que conforman una sociedad inexistente, al realizar cada uno actos propios e independientes del otro, especialmente, a que se incumpla el deber legal que incumbe a ambos cónyuges de informar de los rendimientos de la sociedad de gananciales. De conformidad con ello, declara disuelta la sociedad de gananciales.

(48) Y así, en la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 se lee que “*base esencial de la nueva ordenación es la de que el matrimonio no tiene un sentido restrictivo respecto a la capacidad de obrar de los cónyuges*” (III, párr. 3). Cuestión distinta es que para determinados actos sea necesario el consentimiento de ambos cónyuges, como, por ejemplo, para la disposición de derechos sobre la vivienda habitual (art. 1.320 C.c.), para los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales (art. 1.377) o para los actos de disposición a título gratuito que excedan de las liberalidades de uso (art. 1.378).

serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos” (49).

Por último, es preciso atender a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que ha afirmado expresamente el derecho de los cónyuges a mantener recíprocamente una reserva sobre sus propias actividades económicas (independientemente de que luego dicha reserva pueda resultar limitada por la ley civil). Efectivamente, en el fundamento jurídico noveno de la sentencia 45/1989, de 20 de febrero, se dice literalmente que

“nuestro sistema jurídico, que en lo que se refiere al régimen económico matrimonial se basa en la libertad de capitulaciones, que no pueden dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo ni de contribuir a los gastos comunes de una u otra forma, pero que sí les autoriza, claro está, a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas. El límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico matrimonial, pero no por la ley fiscal”.

Mediante esta sentencia, el Tribunal Constitucional resolvía la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 34.3 de la L. 44/1978, que obligaba a las personas casadas a tributar conjuntamente. El demandante de amparo, entre otros argumentos, alegaba que la declaración conjunta de ambos cónyuges exigiría el conocimiento por cada uno de ellos de los rendimientos, desgravaciones, patrimonio y demás datos del otro, lo que depararía la violación del derecho de cada uno a la intimidad. El abogado del Estado, en cambio, negaba que la intimidad económica (pareciendo admitir, por tanto, que la intimidad económica forma parte del derecho a la intimidad) pudiera darse entre cónyuges. Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual un derecho fundamental no se puede invocar lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, examina la configuración legislativa de la institución matrimonial, destacando el deber de

(49) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 541, relacionando ambos preceptos afirma que queda claro que uno sólo de los cónyuges “puede abrir una cuenta corriente personal en un banco e ingresar en ella salarios, rentas, honorarios, productos de la venta de frutos y otras cantidades presuntamente gananciales, y lo mismo hacer un depósito de títulos, sin justificar sus poderes ni su régimen matrimonial. Bien entendido que tales fondos o títulos no cesan, por eso de presumirse gananciales”. Del mismo modo, DE LOS MOZOS (*op. cit.*, p. 387) indica que “una vez que las ganancias de los cónyuges se han hecho líquidas, cualquiera que fuera su origen estos gananciales pueden quedar a disposición de uno de los cónyuges, al formar los saldos a su favor en la cuenta bancaria personal (...). Por eso, el que se halla en posesión de una suma de dinero puede abrir una cuenta bancaria y realizar toda suerte de operaciones, sin que se le pueda poner traba alguna por el hecho de ser o no casado, y habida cuenta de la ley de circulación del dinero”.

respeto y ayuda mutuos, la obligación de vivir juntos, la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio y las restantes normas integrantes del denominado “régimen económico matrimonial primario”, concluyendo que todas estas normas civiles son incompatibles con el derecho a la intimidad económica frente al otro cónyuge, pues si tal derecho existiera, no habría manera de evitar la defraudación de los deberes de mutua ayuda y de actuación en interés de la familia, o más concretamente, del deber de levantar las cargas del matrimonio o del de responder solidariamente de las consecuencias del ejercicio de la potestad del 1.319 C.c. Toda esta argumentación del abogado del Estado, según se indica arriba, resulta rechazada por el Tribunal Constitucional, por considerar que en todo caso serían las normas civiles, pero nunca las fiscales, las que podían imponer la necesidad de romper la reserva sobre las actividades económicas frente al otro cónyuge (50).

Esta doctrina se mantiene en posteriores decisiones, como en la 47/2001, de 15 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional toma como punto de partida el reconocimiento de que en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos, intimidad que “*no puede desconocerse en el ámbito de las relaciones matrimoniales*” (51).

(50) Señala APARICIO PÉREZ (*La lucha contra el fraude fiscal en USA: los agentes especiales*, ibídem, Madrid, 1993, p. 100) que tras esta sentencia pueden resultar de interés para el sistema español la jurisprudencia norteamericana sobre las comunicaciones (económicas) realizadas entre marido y mujer. Por lo general, si son realizadas de forma privada, se consideran confidenciales, y se las privilegia con la pérdida del derecho de la Administración a obtener información.

(51) Este punto de partida es independiente de que el resultado final del recurso de amparo fuera desestimatorio (como lo sería posteriormente el resuelto sobre una cuestión análoga mediante STC 212/2001, de 29 de octubre). Efectivamente, el recurso impugnaba las liquidación efectuada por la Administración de Hacienda en la que se acumulaban en una sola unidad familiar las rentas de los esposos y de sus dos hijos, en contra de las autoliquidaciones efectuadas en su día por los recurrentes en las que cada uno de los cónyuges constituía una unidad familiar con uno de los hijos. Entre las alegaciones de los recurrentes se argumentaba que los actos administrativos en cuestión incidían en la vertiente “interna” del derecho a la intimidad, por cuanto habrían impedido a los esposos mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas, lo que va en contra de la doctrina sentada en la sentencia 45/89, arriba comentada. En este punto, en las demandas de amparo se renuncia expresamente a precisar “las consecuencias concretas que dichas liquidaciones provisionales han podido provocar a los recurrentes”, porque dichas consecuencias “de existir, forman parte del magro ámbito de la intimidad” que les resta, limitándose a aventurar los “dramáticos efectos que para la convivencia conyugal e incluso para la subsistencia del matrimonio podrían haberse derivado” de la acumulación de rentas si, por ejemplo, las liquidaciones hubieran revelado que uno de los cónyuges mantenía en secreto una vivienda en la que habitaba una pareja o hijo extramatrimonial. A juicio también de los recurrentes, los actos administrativos en cuestión afectaban además a una vertiente “externa” del derecho a la intimidad, porque cada uno de los cónyuges se vería obligado a revisar la decla-

En el caso del régimen de gananciales, el límite a la reserva sobre las propias actividades económicas a la que se refiere el Tribunal Constitucional viene constituida por el deber de información recíproca del 1.383 del C.c., precepto que –si bien reduce al mínimo la intimidad económica entre cónyuges– no supone, según es opinión mayoritaria, una rendición de cuentas periódica, ni la comunicación de inventarios, balances y operaciones pendientes, sino más bien una “*visión general sobre la marcha de sus asuntos*” (52), razón de más para negar el acceso del cónyuge del cliente a todos los extremos relativos a su cuenta corriente (53).

ración del otro y denunciar ante la Hacienda pública las incorrecciones en que, a su juicio, incurre, con el fin de evitar la responsabilidad solidaria de los miembros de la unidad familiar que establece el artículo 89.4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. El Tribunal Constitucional no acoge estas alegaciones, al entender que el recurso de amparo tiene como finalidad reparar las lesiones reales, efectivas e individualizadas de los derechos fundamentales, y no de prevenir las futuras, eventuales o hipotéticas. Considera, además, que la vulneración del derecho a la intimidad sólo podría haber llegado a producir en el supuesto de que se hubiera obligado legalmente a los cónyuges a tributar conjuntamente acumulando sus rentas en una sola declaración, lo que ya no ocurría en la Ley 18/1991, rectora del IRPF al tiempo del recurso. La opción por la tributación conjunta implica la aceptación de las normas imperativas que regulan dicho régimen de tributación, entre las que figura el artículo 87 que regula lo que ha de entenderse por unidad familiar a efectos del impuesto.

(52) DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, EDESA, Madrid, 1984, t. XVIII, vol. 2, p. 383. En igual sentido, Díez-PICAZO (*Sistema de Derecho Civil*, t. IV), señala que el deber de información no recae sobre las actividades profesionales ni sobre las relaciones con terceros –sobre las que hay un límite secreto y estrictamente personal que no se debe traspasar– sino sobre lo que es objeto del consorcio: la ganancia. En cambio LÓPEZ SÁNCHEZ (*op. cit.*, p. 613) refiriéndose al caso de que uno de los cónyuges sea comerciante, opina que la amplitud y el contenido de la información ha de ser variable, dependiendo de la naturaleza privativa o ganancial que la empresa tenga en la comunidad y del interés que haya comprometido en la marcha del negocio el cónyuge no comerciante (análogamente a lo que *mutatis mutandis* acontece en el ámbito del Derecho de Sociedades).

(53) Una tesis contraria es la defendida por ALAGNA (*Regime patrimoniale della famiglia...*, cit., pp. 22 y ss.). El autor expone, en primer lugar, la doctrina tradicional sobre el secreto bancario, según la cual no incide en la capacidad de obrar del cliente su condición de sujeto casado, puesto que los contratos normales de crédito y ahorro pueden ser válidamente estipulados por un sólo cónyuge. En todo caso la relación sigue encabezada por el sujeto con el que se ha concluido el contrato, quien asume la plena y exclusiva titularidad de éste y que podrá gestionarlo libre y autónomamente. Como consecuencia, el cónyuge extraño al acto no podría insertarse de ninguna forma en la relación bancaria encabezada por el otro cónyuge, por ejemplo, disponiendo de la suma depositada o pidiendo noticias sobre la existencia de la cuenta. Sólo judicialmente podrían establecerse derechos derivados del régimen de comunidad. Como ejemplo de disposición en la que se ordena oponer el secreto bancario al cónyuge del cliente, cita el autor el n. 268 de la Circular de 12 de noviembre de 1975 de la *Cassa Centrale di Risparmio Vittorio Emanuele per le Province Siciliane*. Pero a continuación se muestra partidario de suprimir la obligación de reserva frente al cónyuge del titular, al menos cuando la cuenta esté alimentada con fondos comunes y se encuentre destinada a fines familiares (y tales fines se hayan notificado a la Banca). Argumenta que el mantenimiento del secreto bancario

Entender lo contrario supondría olvidar que en el funcionamiento de los regímenes de comunidad están implícitas las ideas de colaboración y de confianza (un ejemplo de dicha confianza lo encontramos en que los cónyuges que optan por este régimen pueden ver comprometidos los bienes comunes por deudas personales de uno de los cónyuges, ex art. 1.373 C.c). Rota esta confianza, no tiene sentido prolongar la situación de ganancialidad. En efecto, es difícil imaginar un correcto funcionamiento de una sociedad de gananciales en la que, entorpecida su marcha por la ocultación sistemática de información por uno de los cónyuges, el otro se viera obligado a acudir a cada paso a solicitar datos de un Banco (caso de que se le atribuyera un derecho de información directo) o al Juzgado (caso de defenderse la necesidad de una orden judicial para la revelación de los datos).

Pero es que, además, esta tesis constituye una fuente de inseguridad para la Banca. Efectivamente, no podemos olvidar que incluso quienes se muestran partidarios de otorgar un derecho de información al cónyuge del cliente de una Entidad de crédito lo limitan sólo a las informaciones que recaigan sobre los derechos y obligaciones comunes, no sobre los pri-

podría lesionar la igualdad y la dignidad del requirente de información, quien, en defecto de tales datos podría ver comprometidos sus propios derechos y se vería imposibilitado para expresar conscientemente sus decisiones y para determinar el modo de vida de la familia: *"No se comprende cómo el cónyuge privado de ingresos propios podría ejercitar el derecho de gestionar autónomamente el matrimonio sin conocer la situación patrimonial del otro cónyuge y las sumas dispuestas para las necesidades de la familia. Bastará la negativa del cónyuge titular de la cuenta bancaria a informarlo para paralizar la actividad (del núcleo familiar). Lo que implica la exigencia (o al menos la oportunidad) de imaginar un instrumento informativo en favor del otro cónyuge"*. Añade que su postura no es del todo nueva, ya que se admite que el secreto bancario no sea oponible al cónyuge inmerso en un proceso de separación cuando las noticias solicitadas sean útiles para la determinación de la pensión. Si es posible para la Banca —decir noticias en la fase patológica del proceso, no se entiende por qué motivo debe prohibirse en la fase fisiológica. Con todo, el autor se muestra cauto en sus conclusiones, introduciendo la distinción entre contratos estipulados con la Banca por sujetos ya casados en el momento del nacimiento del negocio, o cuando el matrimonio haya tenido lugar posteriormente, debiendo presumirse, en el primer caso, que la cuenta es personal, y que no se debe enviar ninguna información más que al titular. También dice que podría discutirse sobre la necesidad de que el titular de la relación manifieste (en forma explícita) su propio consentimiento a la superación de la usual reserva, para evitar, sobre todo, problemas de responsabilidad para el operador crediticio. En todo caso niega que pueda extenderse el derecho de información a las llamadas cuentas profesionales (cuentas de trabajo), especialmente a las encabezadas por un solo cónyuge en su calidad de administrador de la sociedad. A nuestro juicio, la postura de ALAGNA resulta inaceptable. Además de las razones arriba apuntadas, se olvida, al admitir que acaso fuera conveniente que el cliente diera su consentimiento expreso al levantamiento del deber de reserva frente a su cónyuge, de que, en realidad, no está introduciendo ninguna excepción al secreto bancario fundamentada en las necesidades de la familia, sino que vuelve al mecanismo normal de funcionamiento de la institución, que quiebra en las hipótesis de consentimiento del cliente a la revelación.

vativos de cada esposo. Esto exigiría que el banquero estuviera al tanto, en todo momento, del carácter privativo o ganancial de cada suma ingresada, y ello se haría notablemente difícil en los casos en los que en una misma cuenta confluyan sumas privativas (por ejemplo, transferencias procedentes de una cuenta privativa de uno de los cónyuges —abierto con anterioridad al matrimonio— o los productos de la venta de un bien privativo), con sumas gananciales (por ejemplo, ingresos profesionales o rentas de un inmueble) lo que, además de entorpecer la actividad bancaria, chocaría con el régimen de los artículos 1.384 y 1.385 del C.c., que, según vimos, permiten la disposición individual de bienes comunes, en aras de la seguridad del tráfico. El Banco no está, por ello, obligado a investigar la procedencia de los fondos que se ingresan en sus oficinas (54).

De acuerdo con lo expuesto, las buenas prácticas bancarias exigirían no dar informaciones al cónyuge del titular, aún estando casados los esposos en régimen de gananciales. Efectivamente, aunque no hemos encontrado jurisprudencia que se refiera directamente a la responsabilidad de la Banca por haber facilitado indebidamente informaciones sobre una cuenta al cónyuge del titular, sí se ha declarado la responsabilidad de la misma por haber dispuesto de unos títulos depositados por una persona en virtud de la orden de disposición dada por el cónyuge de la misma, sin mandato para realizar tal acto de disposición (55).

(54) Así lo ha declarado expresamente la sentencia de la Cour de Cassation de 21 de noviembre de 2000 (*Rev. dr. bancaire*, 2001, p. 10), al afirmar que el banco no está obligado a preguntar el origen de los fondos ingresados ni el de los títulos, efectos o valores depositados en una cuenta que, en virtud del apartado 1.º del artículo 221 C.c., ha podido abrir uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. El hecho de que el cheque ingresado fuera librado a la orden de ambos esposos y representando éste el producto de un bien común de la pareja, no impide que el banco ingresarlo sin el consentimiento del otro cotitular, toda vez que las circunstancias no le permitan suponer una apropiación indebida del título.

(55) S. AP Barcelona de 14 de junio de 1996 (*RGD*, 1997, p. 882). Idéntica solución se ha dado por la sentencia de la AP de Barcelona de 19 de diciembre de 1997 (*RJC*, 1998, p. 429) para un supuesto de convivencia *more uxorio*: la entidad de crédito había entregado al compañero sentimental de la depositaria, quien no contaba con poderes de esta última, dos cambiales antes de su vencimiento. A juicio del Tribunal, los artículos 1.766, 1.771 y 1.257 del C.c. “no autorizan al depositario para hacer entrega del objeto del depósito a quien no fue parte del contrato ni consta tuviese la representación legal o voluntaria de la depositante, sin que la convivencia *more uxorio* varíe las normas jurídicas indicadas y sus efectos, al no darse confusión de patrimonios ni comunidad legal de bienes de clase alguna. Tales obligaciones debían ser conocidas por la entidad demandada, a quien cabe exigir la diligencia profesional propia de las entidades de crédito y superior, por tanto, a la media a la que se refiere el artículo 1.104, párrafo segundo del C.c.”. En igual sentido discurría, como vimos, la ya comentada sentencia de la Cour de Cassation de 3 de julio de 2001.

b) Regímenes de separación de bienes.

Si, como hemos visto, en los regímenes de comunidad de bienes, en los que existe una masa patrimonial copropiedad de ambos cónyuges, y por lo general, una gestión conjunta de la misma, la obligación de mantener el secreto bancario no sufre modificación alguna, parece difícil poder fundamentar la inoponibilidad del secreto bancario entre esposos cuyo régimen económico sea el de separación de bienes (56), habida cuenta de los principios separatistas que informan este régimen: separación de las facultades de administración, goce y disposición, separación de obligaciones y de responsabilidad (57).

No falta, sin embargo, quien haya tratado de extender los derechos de información sobre una cuenta al cónyuge casado en régimen de separación, aunque más como *lege ferenda* que como una conclusión extraída

(56) ÁLVAREZ OLALLA (*Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 490) considera, igualmente, que la titularidad de las cuentas corrientes en el régimen de separación no presenta especialidad alguna, tanto si la misma es individual, como si es conjunta entre ambos cónyuges, respecto a los supuestos en los que la titularidad la ostenta una o varias personas solteras.

(57) REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 70, sintetiza del siguiente modo los principios básicos del régimen de separación: 1) *Principio de separación de titularidades*: donde la comunidad de vida va a producir una confusión de bienes y la necesidad de la prueba de las titularidades exclusivas; 2) *Principio de separación de facultades de administración y disposición*: donde las normas del propio Código civil van a imponer límites a la independencia patrimonial de los cónyuges y la comunidad de vida se traducirá en la injerencia de los cónyuges en la administración de bienes del matrimonio de los que no son titulares; y 3) *Principio de separación de responsabilidades*: en que ambos cónyuges tienen la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y la separación de responsabilidades frente a terceros va a verse afectada por la responsabilidad derivada del ejercicio de la potestad doméstica. La mayor parte de la doctrina civilista niega que el régimen de separación de bienes suponga, más que un régimen matrimonial, la ausencia de él, en el sentido de que las relaciones económicas entre los cónyuges y respecto a terceros permanezcan como si no hubiera habido matrimonio. En realidad, afirman, siempre es preciso reconocer algún efecto positivo al matrimonio, y así las legislaciones se ven obligadas a imponer a los cónyuges el mutuo deber de alimentarse y contribuir a las cargas del matrimonio (cfr. LACRUZ, *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 529; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, Común y Foral*, t. V, vol. I, 12.^a ed., revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1994; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 345, y REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, especialmente pp. 25 y ss.). Como señala MONTES ("Del régimen de separación de bienes", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1919) el mero hecho de la vida en común de los esposos y las relaciones familiares, producen, de una parte, la necesidad de verificar aportaciones para atender las cargas que se generan, introduciendo un elemento asociativo que ya impide de por sí, una absoluta independencia patrimonial. Pero, además, la convivencia en el ámbito de la intimidad familiar puede provocar desde un estado de confusión respecto de la titularidad de determinados bienes hasta la injerencia de un cónyuge en la administración o gestión de los bienes del otro, lo que en el terreno del cumplimiento de los deberes de convivencia y mutuo auxilio (arts. 67 y 68 C.c.) ha de parecer lógico y, en ocasiones, inevitable.

del derecho positivo. Se ha partido, con este fin, del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares en proporción a los propios recursos económicos –artículo 1.438 C.c– (58). En efecto, puede parecer lógico pensar que facilitar el acceso de cada uno de los cónyuges a la información bancaria del otro, sirve para garantizar que esa contribución sea equitativa (59). Sin embargo, entendemos que el citado precepto no ofrece base suficiente para justificar la inoponibilidad del secreto bancario al cónyuge del cliente de una entidad de crédito. Aunque resulte evidente que para cumplir con el deber de contribuir equitativamente a levantar las cargas familiares cada esposo deba estar informado de la situación económica del otro –aunque no exista un precepto paralelo al 1.383 para el régimen de separación de bienes–, está también claro, en primer lugar, que a quién compete facilitar esa información es al otro cónyuge y no a un tercero, como puede ser el Banco. En este sentido cabe recordar que la sanción al incumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio no es otra que la establecida en el artículo 1.318-2 C.c., en cuya virtud, cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribución al levantamiento de esas cargas, el juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las

(58) “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. Apunta DE LOS MOZOS (*op. cit.*, p. 366), que dicho precepto resulta una excepción a los principios separatistas, representando el contrapunto obligado que expresa que el régimen de separación de bienes, por ser un régimen económico matrimonial, traduce, de una u otra manera, la necesidad de la comunidad de vida que implica todo matrimonio, y que, obviamente, tiene una trascendencia económica.

(59) En este sentido, ALAGNA (*Regime patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 137). Aunque admite que la superación de la usual reserva bancaria en estos casos no sería suficiente para superar los problemas de fondo para la vida del núcleo familiar, sí representaría un notable paso adelante en la difícil vía de la efectiva y total equiparación de los cónyuges. También por esta línea discurre la argumentación del abogado del Estado en la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la obligación de tributación conjunta en caso de matrimonio, al afirmar que “Incluso en el régimen de separación de bienes, la «intimidad económica» entre cónyuges es imposible, pues ambos deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en proporción a sus respectivos recursos económicos, salvo que pacten otra regla de distribución (art. 1.438 C.c.). Con mayor precisión, el artículo 50 del texto refundido de la Compilación catalana, dispone que en el régimen de separación de bienes, el criterio de reparto entre los cónyuges para contribuir a los gastos familiares será, a falta de pacto, proporcional «a sus ingresos, y si éstos no son suficientes, a sus patrimonios», y mal podrán los cónyuges exigirse el cumplimiento de este deber si no pudieran conocer cada uno los ingresos y patrimonio del otro” (antecedente 4, letra c), cuarto párrafo).

necesidades futuras (60). En segundo lugar, como pusimos de relieve a propósito de los regímenes de comunidad, esa información no tiene por qué abarcar el detalle de todos los datos que pueden deducirse de la relación de negocios mantenida con el banco, sino simplemente, una visión general de la marcha general de sus actividades económicas.

Lo expuesto a propósito de este régimen económico matrimonial es aplicable al de participación en ganancias, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 1.413 del C.c., según el cual, en todo lo no previsto en el régimen de participación en el Código civil, se aplicarán, durante la vigencia del mismo, las normas relativas al de separación de bienes.

D. Supuestos de crisis matrimoniales o de liquidación del régimen de comunidad.

En los procesos de nulidad, separación o divorcio, al igual que cuando se realiza una separación de bienes tras un régimen de comunidad, se hace necesario determinar con la mayor exactitud posible la naturaleza —privativa o ganancial— y el importe de los bienes y deudas del matrimonio. De ello dependerán cuestiones que afectan sólo a los cónyuges, como por ejemplo, la procedencia de una pensión compensatoria por desequilibrio económico, pero también otras que tienen trascendencia para los hijos (cuantía de la pensión por alimentos, derechos sucesorios sobre bienes que en su día pertenecieron a la comunidad y que deben estar correctamente adjudicados, etc.) o para terceros (acreedores).

Desde hace tiempo, la doctrina y jurisprudencia extranjera se ha venido inclinando por la posibilidad de que la esposa inmersa en un proceso de divorcio fuera informada por la Banca de los extractos de la cuenta de su marido (61). En algunos ordenamientos incluso se ha reconocido

(60) Concluye REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 274, que es clara la importancia que tiene la obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio como límite a la independencia patrimonial de aquéllos. En caso de incumplimiento de esa obligación, y aun sin ese incumplimiento cuando éste se presenta como inevitable, sea voluntario o no, los poderes de administración y disposición que les concede el artículo 1.437 pueden verse limitados, incluso ser privados de ellos en algún aspecto, por decisión judicial y a instancia del otro cónyuge, por tiempo indefinido y mediante un procedimiento rápido y eficaz: la jurisdicción voluntaria.

(61) Así, SCHMITT y DONDELINGER ("Le secret bancaire en droit luxembourgeois", *Le secret bancaire dans la CEE...*, cit., p. 166), citan, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 6 de julio de 1928. Para estos autores, la razón que justifica esta decisión es de orden práctico: la mujer en un proceso de divorcio se convierte en un derechohabiente al secreto bancario, porque para ella es el único medio de conocer sus bienes personales gestionados por el marido y los que procedan de la comunidad. Del mismo modo, para la sentencia del Tribunal de Génova de 22 de marzo de 1963 (recogida por ALESSI: *Le Ranche. iurisprudenza-bibliografia-Legislazione*, Giuffrè ed., Milán, 1978, p. 276), en un juicio de separación personal, a los fines de establecer el monto de la pensión de alimentos, puede pedirse

este derecho por ley. Nuevamente encontramos en el ordenamiento francés el ejemplo más característico; en efecto, el artículo 259.3 del Código civil dispone que el juez puede proceder a todas las investigaciones útiles en relación con los deudores o de quienes detentan bienes por cuenta de los esposos sin que pueda ser opuesto el secreto profesional (62). También el artículo 218 del Nuevo Código civil belga contempla la posibilidad de que los esposos puedan pedir al Juez de Paz, si su cónyuge no contribuye a las cargas del matrimonio, que ordene la presentación de los libros de comercio o piezas contables de un tercero para poder determinar los recursos del cónyuge.

A falta de una normativa específica en nuestro ordenamiento, parece que la cuestión habría de regirse por las reglas generales que regulan

a la Banca la exhibición de la cuenta encabezada por el cónyuge; y el T. de Milán, en sentencia de 10 de abril de 1971 (*BBTC*, 1973-II, p. 449) consideró esencial para la resolución del caso la exhibición de los documentos bancarios, con el fin de verificar las posibilidades económicas del marido para la determinación de las pensiones en favor de la mujer y de la hija. Asimismo HENRION (*Le secret professionnel du banquier*, cit., p. 69), indica que incluso los partidarios de negar cualquier tipo de información bancaria a la esposa en los regímenes de comunidad, excepcionan el caso de ejercicio de una acción de divorcio o separación de bienes, supuestos en los que se autorizaba a la mujer inmiscuirse en la gestión de la comunidad para determinar su estado. En contra, y por lo que se refiere al Ordenamiento helvético, AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*El secreto bancario suizo*, cit., pp. 195 y ss.) consideran que el marido debe dar informaciones a la esposa sobre el conjunto de los bienes matrimoniales, al no disponer ésta de prueba alguna que le permita establecer el monto de los bienes para calcular su crédito; pero que la ley no impone a un tercero, como pueda ser el banco, el deber de informar a la esposa o a la justicia.

(62) El artículo 1.075-1 del Nuevo Código de Procedimiento Civil establece, en primer término, la obligación de los esposos de justificar sus recursos a petición del juez. El artículo 259.3 del Código civil no es aplicable en caso de concubinato (S. Cour de París de 31 de marzo de 1994, *R. dr. bancaire*, 1995, p. 156), pues siendo esta disposición una norma que deroga el secreto bancario ha de ser interpretada restrictivamente. En cambio se contravino este principio de interpretación restrictiva en la sentencia del Tribunal de Grand Instance de Tarascon, de 25 de agosto de 1998 (*R. dr. bancaire*, 1998, p. 226) en la que el órgano jurisdiccional autorizó la entrada en los locales de una Banca para interrogar al responsable de ésta de los movimientos de los fondos de una sociedad tercera (con relación a los esposos en litigio) de la que el otro cónyuge detentaba la mitad de las participaciones sociales, considerando que el artículo 259.3 del Código civil francés se refería a las informaciones que pudieran ser útiles para la fijación de las prestaciones y de las pensiones y la liquidación del régimen económico matrimonial. Pero se olvida de que el precepto sólo autoriza la investigación con relación a los deudores o quienes detentan los bienes por cuenta de los esposos, mientras que en el caso contemplado lo gestionado por la banca era la cuenta de una sociedad. Lo correcto hubiera sido designar a un experto que investigase la propia sociedad. Por otro lado, la exhibición forzosa de estos documentos sólo se refiere a los informes relativos a la situación material de la familia; y así, la Cour de Cassation casó la sentencia en la que se ordenaba la exhibición forzosa de piezas de un procedimiento canónico de nulidad matrimonial, porque se trataba de funciones de las que la autoridad eclesiástica había tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones y que se referían a la intimidad de la vida privada (AAVV, dirigidos por RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de Famille*, Dalloz, 1996).

la intervención del banquero en causas civiles, esto es, el mecanismo de la exhibición de documentos en poder de tercero regulado antes en el artículo 603 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil y hoy en el artículo 330 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, con una dicción bastante parecida: *“salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad exclusiva cuando, pedida por una de las partes, el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia”*. No existe, por lo tanto, un deber general de exhibición de documentos de propiedad exclusiva de un tercero (en nuestro caso, la entidad financiera). Este deber surgirá cuando la exhibición sea ordenada por el órgano judicial. La decisión de éste, según resulta del precepto transcrito, está supeditada a dos requisitos: que lo pida una de las partes (principio de rogación) y que el juez estime que su conocimiento es trascendente a los fines de dictar sentencia. Por lo que se refiere a este segundo requisito, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de que el libre arbitrio del juez de instancia no puede ser revisado en casación (63).

No obstante, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, de 27 de septiembre de 1981 (64), introduce una importante novedad: la posibilidad de que los documentos obrantes en poder de tercero (también un Banco en el caso contemplado) puedan ser requeridos de oficio como diligencia para mejor proveer. Ello constituye una clara matización respecto al régimen del artículo 330 de la LEC, que, como vimos, exige que tal medio de prueba venga propuesto *a instancia de parte*. En realidad, se llega por esta vía a introducir el mismo régimen establecido por el artículo 32.3 C.Com. para la exhibición de los libros de comercio, según el cual esta exhibición podrá decretarse bien de oficio bien a instancia de parte. La argumentación empleada por el Juzgado (con la que es difícil no estar de acuerdo) es la siguiente:

(63) SS de 8 de julio de 1988 (Sala I), Ar. 5.587, y 19 de noviembre de 1988 (Sala IV), Ar. 9.845.

(64) Recogido por LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI (*El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 1994, p. 391). En el auto se diferencia, además, entre los documentos privados de una empresa (documentos contables, documentos relativos a su estructura orgánica) y los movimientos y saldos de las cuentas o el valor de los efectos depositados, que pertenecen a las personas titulares, sobre los cuales el Juzgado podría ordenar además de su exhibición, su retención, entrega, cancelación o cualquier otra actividad derivada de un procedimiento civil. El propio artículo 32.2 del Código de Comercio parece acoger esta distinción cuando dispone que, al margen de los supuestos de reconocimiento general de libros, la exhibición de los libros y documentos de los empresarios podrá decretarse de oficio o a instancia de parte, *cuando la persona a quien pertenezcan* tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. De igual forma se pronuncia la S. AT Cáceres de 8 de febrero de 1985 (RGD, 1986, p. 2737).

“Que el fundamento máximo de derecho de una parte litigante en un procedimiento de familia a solicitar los medios de prueba conducentes al conocimiento de la situación económica de su cónyuge es casi de orden público, puesto que los acuerdos que ha de adoptar el Juez han de serlo en base a los ingresos de cada uno de los cónyuges, a su condición económica y a sus necesidades, y sobre todo, a las de sus hijos, y por lo tanto, la ocultación maliciosa de datos puede producir no sólo la indefensión de una parte, sino la privación de unos derechos elementales y reconocidos en la Constitución, como es el derecho de alimentos en proporción adecuada, estando facultado el Juez para solicitar de oficio, y por diligencia para mejor proveer, que se remita el oportuno informe y, en caso de negativa, acordar el dictamen pericial a realizar en la oficina bancaria correspondiente, para determinar los datos verídicos del estado económico de cada cónyuge, prueba que se llevará a cabo a costa de la parte que no los facilitó”.

El auto señala certeramente la causa por la que debe ceder el secreto bancario en los supuestos que se está tramitando una anulación, separación o divorcio. El hecho que diferencia estas peticiones de información de las solicitadas durante el curso normal del matrimonio se encuentra, precisamente, en que en los procesos matrimoniales (65) –como en casi todos los procesos de familia– se plantean cuestiones de orden público, como la fijación de pensiones por alimentos, cuestiones para las cuales se hace ineludible fijar, lo más aproximadamente posible, el patrimonio de cada cónyuge. Pero también puede constatarse cómo, en algunas ocasiones, los Tribunales han fijado las cuantías de las pensiones por medio de presunciones, aun no habiéndose probado los ingresos del obligado a satisfacerlas,

“impidiendo, de este modo, que torticeras actuaciones del progenitor dejen sin efectividad deberes trascendentes a cuya eficaz tutela debe atender el Ordenamiento Jurídico, así como exonerando al otro cónyuge de un peregrinaje investigador tan costoso como de menguados resultados ante las evidentes facilidades de la parte adversa de ocultar sus verdaderos ingresos” (66).

(65) Sobre la especialidad de los procesos matrimoniales *vid.* VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (“Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica”, AC, 1997, pp. 473 y ss.). A su juicio, las razones básicas que permiten mantener la especialidad de estos juicios son, en síntesis, las siguientes: de un lado en el proceso civil se trata de instar normalmente la resolución de conflictos pidiendo la tutela de derechos individuales, mientras que en los procesos matrimoniales se compromete la estabilidad de una institución que cumple funciones sociales. Por otra parte, estos procesos –a diferencia del civil, informado por el principio dispositivo–, están informados por el principio de necesidad, por lo tanto, las partes han de acudir necesariamente al proceso matrimonial para obtener el efecto jurídico pretendido, no cabiendo una satisfacción extraprocésal de estas pretensiones. Tampoco caben los llamados modos anormales de terminación del proceso, habida cuenta de que el 1.814 del C.c. prohíbe expresamente la transacción sobre el estado civil, cuestiones matrimoniales o alimentos futuros.

(66) S. AP Vizcaya (Sección 1) de 28 de septiembre de 1995 (AC 1996-I, @ 311). En la sentencia de la AP de Madrid de 15 de noviembre de 1991 (publicada en AC, 1992-I, @ 60)

La posibilidad de acceder a la información bancaria del otro cónyuge en el transcurso de un proceso matrimonial no constituye una intromisión ilegítima en su vida privada (67). Recuerda la sentencia del TC 73/82, de 2 de diciembre, que el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula (68). Y en este caso, al interés genérico del acreedor en ver satisfecho su crédito, que, en la fase probatoria de los juicios declarativos sólo se ve protegido por el mecanismo de la exhibición regulado en el artículo 330 de la LEC, se añaden cuestiones de derecho público, lo que suscita la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda requerir de oficio la exhibición de determinados documentos. Hay que añadir, además, que nuestro Ordenamiento contempla medidas protectoras para garantizar el pago de estas pensiones. Así, por ejemplo, el artículo 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara inaplicable la prohibición de embargar salarios, sueldos, pensiones, retribuciones o su equivalente que no exce-

la pensión por alimentos se fija fundamentalmente en atención a los ingresos presumidos por el patrimonio existente y los gastos fijos acreditados. La S. de la AP Tarragona de 26 de marzo de 1996 confirma la cuantía de la pensión de alimentos fijada por el Juzgado, al no obrar en autos "datos que permitan desvirtuar la considerada pertinente por el juez *a quo* que gozó de las ventajas del principio de inmediación en la valoración de las escasas pruebas practicadas... y ello dado que no se evidencia la cuantía exacta de las pensiones que percibe el marido ni del saldo de otras cuentas bancarias de que el mismo disponía". Pero en otras ocasiones se espera a que los ingresos puedan determinarse en ejecución de sentencia (cfr. S. AP Madrid de 8 de octubre de 1992).

(67) En este sentido, LUCAS DURÁN (*El acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 136), considera como fin legítimo para tolerar intromisiones del poder público en la vida privada, la protección de los derechos y libertades de los demás, poniendo como ejemplo las solicitudes por un juez de los datos tributarios de un contribuyente para poder fijar una pensión compensatoria en los procesos matrimoniales. El razonamiento es perfectamente extrapolable a los requerimientos de información formulados a los Bancos.

(68) El Tribunal Constitucional ha considerado en el Auto 1.011/87 que no vulnera el derecho a la intimidad la providencia por la que se solicitaba a la Delegación de Hacienda determinados datos tributarios de la segunda esposa del alimentante, pues "*su finalidad va directamente encaminada a comprobar la entidad económica de la sociedad conyugal, obligada, en principio, para determinar en justicia la correlación de la demanda de la primera esposa y decidir con los suficientes datos la cuantía de la pensión debida al hijo. No se investiga, pues, el patrimonio particular de la recurrente, sino el común de la sociedad de gananciales constituida por aquella y el padre del alimentista*". No se pronuncia el auto sobre el problema del derecho a la intimidad financiera y fiscal, remitiéndose a la doctrina sentada en las SS 73/82 de 2 de diciembre y 110/84. PÉREZ MARTÍN (*El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 980) señala la filosofía que inspira la doctrina del levantamiento del velo como posible criterio orientador del juez a la hora de valorar si una orden de exhibición de documentos en poder de tercero vulnera algún derecho fundamental como el derecho a la intimidad. Pero no entra en la cuestión de si el banquero debe o no oponer su obligación de secreto profesional.

dan de la cuantía señalada por el salario mínimo interprofesional (prohibición establecida en el art. 607) cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en los que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la ley, *incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación y divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos*. En estos casos, así como en las medidas cautelares correspondientes, el Tribunal fijará la cantidad que pueda ser embargada; o la posibilidad de imponer multas coercitivas sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas (art. 776.1). Pues bien, estos derechos que el legislador quiere garantizar quedarían sin contenido de no haberse determinado previamente con cierta exactitud el patrimonio del otro cónyuge, haciéndose necesario evitar la ocultación de bienes bajo el amparo del secreto bancario. Evidentemente, el esposo que busque esta información (o su abogado) no podrá obtenerla más que a través de la vía judicial, con lo que, en realidad, no nos encontraríamos con una derogación del secreto bancario por causa de relaciones entre sujetos privados, sino marcada por el deber de colaboración con la Justicia. Sin embargo, cabe observar que, en el caso concreto, el particular en cuestión tiene un derecho (derivado de normas de carácter casi público) a obtener los datos solicitados, de modo que el Banco, aun en su calidad de tercero, no debería oponer su secreto profesional a la orden de exhibición del Juzgado (69).

5. El secreto bancario ante el derecho de sucesiones

Sabido es que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 del C.c.), a excepción de aquellos que se extingan con su muerte. Este no es el caso de las relaciones bancarias del causante. Si nos fijamos en el contrato de cuenta corriente bancaria, al que

(69) La posibilidad de requerir judicialmente a un Banco (ya de oficio o a instancia de parte) la documentación relativa a la cuenta mantenida por el otro cónyuge, quedaba cerrada radicalmente en el proyecto de reforma de la LEC, en cuanto suprimía los deberes de exhibición de terceros en el proceso. Con ello se eliminaba *in radice* el problema del secreto bancario en los procesos matrimoniales. La documentación relacionada con los datos bancarios del otro cónyuge habría de pedirse directamente a éste, con los efectos en caso de negativa a su exhibición, previstos en el artículo 330 del Proyecto: el juez podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del documento hubiese dado o formular requerimiento para que dichos documentos sean aportados al proceso cuando así lo aconsejen las circunstancias. Sin embargo, el texto definitivo de la LEC se ha apartado en este punto del Proyecto y mantiene los deberes de exhibición de terceros ajenos al proceso.

nos referiremos principalmente, por constituir éste el soporte de la mayoría de las operaciones realizadas en las Entidades de Crédito (depósito, préstamo, apertura de crédito...) comprobamos que participa de la naturaleza de la de comisión mercantil, según es opinión mayoritaria en nuestro Derecho (70). Y la comisión, a diferencia del mandato (art. 1.732 C.c.) no se extingue necesariamente por la muerte del comitente (art. 280 C.Com.).

Pues bien, entre los derechos que asisten al titular de una cuenta figura, precisamente, el de recibir información periódica sobre la marcha de la misma (71). La difusión y objetivación de este uso bancario, conden-

(70) STS de 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9.425) y AP de Sevilla de 12 de marzo de 2001 (Ar. Civil, 2001/161), que define la cuenta corriente bancaria como “un contrato de carácter autónomo, «sui generis», que participa de las características de otros contratos, en especial del mandato, declarando, pues su naturaleza mixta, o como una subespecie de la comisión aunque eso sí, con algunas especialidades que lo han ido separando del conjunto obligacional del Código de Comercio, y que constituye, dentro de la categoría de cuenta bancaria, una operación que posibilita un soporte contable para otras muchas operaciones que ordinariamente realizan las entidades de crédito con sus clientes”. En relación con la doctrina, la mayoría de nuestros autores coinciden en destacar como nota definitoria del contrato de cuenta corriente bancaria el servicio de caja, en cuya virtud el Banco se obliga a realizar todas las operaciones de cobros y pagos por cuenta y en interés del cliente susceptibles de canalizarse por este cauce contractual (y así, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Contrato de cuenta corriente: cláusulas relativas a la aprobación del saldo y alcance probatorio de la aceptación por el cliente”, *RDBB*, 1997, p. 972, llega a calificar a la cuenta corriente bancaria como de *contrato omnibus*); destacándose, asimismo, que este contrato participa de la nota de la comisión mercantil (FERNÁNDEZ-ARMESTO y DE CARLOS BELTRÁN, *op. cit.*, p. 251; MÓXICA ROMÁN, *La cuenta corriente bancaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 38, con amplia cita jurisprudencial) aunque para algunos se encuentran presentes en la cuenta corriente bancaria elementos de otros contratos, además de los de la comisión (así GARRIGUES, *op. cit.*, p. 125, se refiere a la presencia de elementos propios de la cuenta corriente mercantil, como el derecho del Banco al reembolso de gastos y comisiones, la cláusula implícita “salvo buen fin”, la obligación de remitir extractos y la aprobación tácita de éstos por el cliente; SÁNCHEZ CALERO, *cit.*, p. 308, destaca el elemento de la compensación, mediante la cual se va produciendo la extinción —el pago— de ciertas operaciones; finalmente ALCOVER GARAU y MARTÍNEZ NADAL, “Contrato de cuenta corriente bancaria y licitud de las comisiones de mantenimiento y administración”, *RDBB*, 1998, p. 503, afirman que se deben aplicar a la cuenta corriente bancaria las reglas del préstamo y las de la comisión debidamente modalizadas para operar en esta nueva relación jurídica que propiamente no es ni sólo préstamo ni sólo comisión, sino un nuevo contrato con características propias; razón que explica que al cliente se retribuya por el uso de su dinero por el banco con un interés, lo que —añaden— sería cabalmente incomprensible si se afirmara que la cuenta corriente bancaria es tan sólo un contrato de comisión, o que no se le dan intereses a cambio de no cobrar o cobrar menos comisiones).

(71) SS TS de 11 y 14 de marzo de 1992 (Ar. 2.170 y 2.182, respectivamente), 15 de julio de 1993 (Ar. 365) y 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9.425), que hace suya la doctrina de la anterior. Cfr., asimismo, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 347; BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 474; ALCOVER GARAU y MARTÍNEZ NADAL, *cit.*, p. 533; MÓXICA ROMÁN, *cit.*, p. 89, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria”, en *RDBB*, 1986, pp. 633-661. A juicio de este último autor, el fundamento del deber de informar del Banco es doble: 1) Por un lado, la cuenta corriente es el reflejo aritmético de las distintas

sado muchas veces en las condiciones generales de los Bancos, ha dado lugar a un uso normativo (72), alcanzando en algunos casos reconocimiento legal (73). El deber de información no debe quedar limitado al envío de unos extractos de cuenta en fechas determinadas, sino que se extiende a la obligatoria comunicación de los saldos y envío de extractos cuantas veces y en los momentos que el cliente lo desee; incluso en supuestos excepcionales puede solicitar la remisión de extractos sobre asientos ya practicados, aunque eso sí, la jurisprudencia parece exigir la existencia de una justa causa para la reclamación, es decir, que el solicitante de información no tenga en su poder la información que pide por causa no imputable a él mismo (74).

operaciones y contratos concluidos entre el Banco y el cliente, lo que conlleva una nota de estabilidad o duración en la existencia de esta cuenta, y consiguientemente, la necesidad de que el titular conozca las modificaciones introducidas en la misma. 2) Por otro, muchas de estas informaciones se referirán a actuaciones del Banco en razón de órdenes de su cliente, lo que afectará al pago de cheques a terceros, a la correcta realización de transferencias, al pago de recibos autorizados o no, etc. Se trata de comprobar en qué medida el Banco ha actuado como un diligente comisionista, supuesto al que entiende aplicable el artículo 263 del Código de Comercio sobre la obligación de rendir cuentas al comitente.

(72) Se expresan en este sentido, por ejemplo, las SSTs de 4 y 14 de marzo de 1992 –Ar. 2.158 y 2.182–; S. AP de las Palmas de Gran Canaria de 22 de mayo de 1995; S. AP Segovia de 6 de mayo de 1996 –AC 1996-3, @ 1.025–; S. AP Valencia de 10 de febrero de 1997 –AC 1997-3, @ 926–. En la sentencia de la AP de León de 12 de abril de 2000 (Ar. C., 2000/4.854) se afirma que viene a ser un uso bancario notorio en las cuentas corrientes a la vista, la obligación de la entidad bancaria de notificar periódicamente al cliente titular de la cuenta los extractos de las operaciones realizadas y contabilizadas en dicha cuenta durante el período en cuestión, practicándose las correspondientes liquidaciones de la cuenta, el saldo e intereses devengados en su caso.

(73) Así ocurre respecto a determinadas informaciones con la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito. En particular, para las operaciones en cuenta corriente, el anexo VI de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre (según la modificación efectuada por la Circular 4/1998 de 27 de enero, que modifica las Circulares 8/1990 y 8/1992, de 24 de abril, de cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público), especifica que las entidades de depósito entregarán a sus clientes extractos de cuenta, con la periodicidad que convenga según el movimiento de las cuentas, que habrán de ser gratuitos en caso de extractos mensuales o por plazos superiores, precisando a continuación los datos que, como mínimo, deben comprenderse en el extracto: fecha de movimiento, concepto de la operación, importe con su signo, fecha valor, saldo extracto anterior y saldo resultante del nuevo, así como las transacciones efectuadas mediante tarjetas de crédito y débito. En Italia, el artículo 119 del *testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, n. 385 de 1993, regula en cuatro apartados las comunicaciones periódicas de los Bancos a la clientela (el antecedente inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 8 de la L. de 17 de febrero de 1992, n. 154, sobre *trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*).

(74) Así, en el caso resuelto por la SAT de Cáceres de 8 de febrero de 1985 (RGD 1986, p. 2737), la documentación de la actora había desaparecido como consecuencia de la comisión de un delito (robo) y necesitaba verificar las cuentas con sus clientes, derivadas de las relaciones negociales con ellos mantenidas con mediación de la entidad bancaria demandada. El Tribunal encontró fundada esta pretensión. En realidad, se trata de una cuestión ya resuelta desde

El derecho de información que tenía, pues, el causante, se transmite a sus herederos, no pudiendo el Banco oponer, en principio, el secreto bancario a las pretensiones de información de éstos (75). En rigor, no puede decirse que la información que sobre los asuntos del difunto proporcione el Banco a sus herederos suponga una excepción o levantamiento del secreto bancario, puesto que son continuadores de la personalidad del cliente (76). Y así, de las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España se concluye que las Entidades de Crédito cumplen con las buenas prácticas bancarias dando información a los legítimos herederos del cliente fallecido de la situación de las relaciones que mantenía con aquél, desde el mismo instante de su fallecimiento, debiendo colaborar en la fijación del caudal hereditario con aquellos que tengan encargada la realización de tal tarea.

En los casos en los que el heredero haga uso del derecho a deliberar (art. 1.010 C.c.) es obligado que a la aceptación de la herencia preceda la formación de un inventario. Sin embargo, hasta el momento de la aceptación no puede hablarse de una transmisión de derechos, y, en consecuencia, el derecho de información derivado del contrato de cuenta co-

antiguo por el Derecho Romano, que exigía, a quien pedía una cuenta por segunda vez a su banquero, probar que la pérdida de la documentación había sido involuntaria, “porque si las perdió por un accidente que se le deba perdonar, mandará de nuevo que se le exhiba” (D. 2.13.7). También el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha considerado contrario a las buenas prácticas bancarias la negativa injustificada y sin fundamento a la entrega de informaciones genéricas ante peticiones puntuales de los clientes –en el caso información general acerca de los movimientos de unas cuentas– (aunque no existiera imperativo legal de entregarlas), considerándola un obstáculo a la claridad y transparencia que debe presidir la actividad bancaria (Reclamación n. 1468/1989, Memorias correspondientes a 1990, p. 34), así como la falta de información del estado de la cuenta al tiempo del fallecimiento del causante, o de los movimientos, extractos o liquidaciones posteriores, o la demora injustificada de su entrega, o facilitar información errónea (Reclamaciones 941, 350 y 1.518 de 1999, Memorias correspondientes a 1999, p. 62; Reclamaciones 2.428/99, 520/00, 1.747/00 y 1.822/99, Memorias correspondientes a 2000, p. 63).

(75) Reclamación n. 1.437/1988, Memorias correspondientes al año 1989, p. 32; Memorias correspondientes al año 1991, p. 65, Sección “Criterios de buena práctica bancaria”; Reclamación 614/92, Memorias correspondientes al año 1993, pp. 55-6 y Sección “Criterios de buena práctica bancaria”, p. 125; Reclamaciones 351, 520 y 1.435/94, Memorias correspondientes al año 1994, p. 67; Reclamaciones n. 1.040/95 y 334/95, Memorias correspondientes al año 1995, pp. 63 y 83 y Reclamación 2.135/95, Memorias correspondientes al año 1996, p. 54.

(76) Desde una posición pragmática, SALANITRO (*El secreto bancario*, cit., p. 80-1) hace notar cómo el verdadero problema del secreto bancario en relación a los herederos es el de la legitimación de éstos para formular la petición de información. Si la legitimación del heredero es pacífica e indubitada, la Banca no tendrá razón para oponerse a la solicitud del heredero. Sólo si ésta es controvertida e incierta (sobre todo en caso de pluralidad de herederos) se comprende que la Banca pueda pretender que la orden de comunicación de datos proceda del juez (pero –aclara– no porque haya un secreto bancario que respetar, sino porque la orden del juez le exonera de responsabilidad).

rriente no habrá pasado todavía al heredero. Pero resultaría contrario a toda lógica no mencionar en el inventario los derechos y obligaciones del causante que tengan su origen en operaciones bancarias bajo el pretexto del deber de discreción a que viene obligado el banquero. Precisamente la finalidad del derecho a deliberar es que el heredero, a la vista del inventario, pueda hacerse un juicio exacto del estado de la herencia para poder decidir con conocimiento de causa si la acepta o no. En cambio, en la aceptación hecha a beneficio de inventario sí puede decirse que el derecho de información sobre la cuenta corriente se transmite al heredero. Ciertamente que mediante este tipo de aceptación, a diferencia de la pura y simple, no hay confusión de patrimonios (art. 1.023 C.c.), pero el heredero será el titular del patrimonio hereditario, correspondiéndole el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la herencia, con el límite, eso sí, de las posibilidades de la misma.

A. Límites al derecho de información de los herederos.

El derecho de información que —como regla general— se transmite a los herederos puede entrar en conflicto con otros intereses. En primer lugar, con los del propio causante, cuya cuenta en el Banco puede reflejar datos que no habría deseado que llegaran a conocimiento de sus herederos, principalmente aquellos de carácter personalísimo. Por otro lado, el derecho de información de estos puede colisionar con el derecho al secreto de otros clientes del Banco, cuando, por ejemplo, estos herederos pretendan averiguar el destino de una transferencia efectuada por el causante, o la identidad de los beneficiarios de unos cheques (77). Por ello surge la necesidad de concretar los extremos de la relación negocial mantenida entre el cliente fallecido y el Banco a los que se extiende el derecho de información, esto es, el *objeto* del derecho de información de los herederos (78).

(77) O si el Banco, que ha tenido conocimiento de la muerte de un fiador que garantizaba el conjunto de operaciones o el buen fin de los efectos que un tercero —cliente del Banco— pudiera allí descontar, informa a los sucesores de éste de la existencia de la fianza.

(78) El problema de la colisión entre secreto bancario y derecho a la información respecto a clientes pertenecientes a un mismo banco ha sido tratado con especial atención en la doctrina alemana por SICHTERMANN (*op. cit.*, p. 154-5), quien opina que, como regla general, tendrá prevalencia el deber de discreción, cuando los intereses del cliente al secreto estén mejor fundamentados y se hayan originado con anterioridad al deber de información. Sin embargo, en algún supuesto aislado puede ser al revés; por ej., en el caso de una transferencia, el ingreso de una determinada suma en la cuenta del beneficiario no es un asunto sobre el que haya de recaer de inmediato el deber de secreto frente a los herederos del beneficiario (cosa distinta ocurriría con un tercero, por la posibilidad de que trabara embargo contra el saldo). En cambio, el transferente (o sus herederos) sí pueden tener un interés considerable en saber si la transferencia ha llegado a su destino, para el caso de que el beneficiario niegue el

En primer lugar, la doctrina tiende a excepcionar del derecho de información de los herederos los llamados "*hechos personalísimos del causante*" conocidos por el Banco (se suelen traer a colación los clásicos ejemplos de donaciones efectuadas a hijos extramatrimoniales o a concubinas). De este modo, la Entidad de Crédito debería oponer su deber de secreto bancario a cualquier petición de información sobre datos de esta naturaleza. Ahora bien, se ha discutido sobre si el Banco ha de negarse a facilitar *siempre y en todo caso* las peticiones de información sobre este tipo de datos o si, por el contrario, el secreto bancario sólo puede actuar cuando el *deuius* haya manifestado su voluntad de que determinados datos no sean transmitidos a los herederos. A pesar de que todos los datos bancarios afectan, en cierto modo, a la intimidad del cliente, no es menos cierto que unos la reflejan de forma más directa que otros. Consideramos que, en general, una adecuada protección de los derechos de la personalidad debe conducir a que se presuma la voluntad contraria del *deuius* a la revelación, y, que, en consecuencia, el Banco deba negarse a comunicar este tipo de datos, que recaen sobre los aspectos más merecedores de protección del derecho a la intimidad, sin necesidad de que el cliente lo pida expresamente. En resumen: sobre los hechos de carácter personalísimo el Banco no debe efectuar revelación alguna (salvo que el cliente lo haya autorizado expresamente), a menos que el conocimiento de determinados datos resulte indispensable a los herederos para el ejercicio de sus derechos o para el cumplimiento de sus obligaciones (79).

abono en su cuenta. AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*op. cit.*, p. 238) resuelven la cuestión atendiendo a la fuente que fundamenta en cada caso el derecho de los herederos a ser informados: en los casos en los que este derecho tenga su origen únicamente en el contrato, el banquero debe observar el secreto bancario; pues la violación de un deber impuesto directamente por ley (art. 47 de la Ley Bancaria) no puede justificarse por el respeto a una obligación *ex contractu*. En cambio, si la petición se funda en la ley (concretamente en el Derecho de Sucesiones) el Banco debe informar, eso sí, respetando los principios de proporcionalidad y fidelidad (lo que llevará a llamar la atención de los herederos sobre el carácter confidencial de las informaciones, a poner en conocimiento del tercero la revelación efectuada, etc.).

(79) En general la doctrina y jurisprudencia suiza son partidarias de considerar que los hechos personales del causante sólo se pueden mantener secretos frente a los herederos cuando el causante así lo haya indicado expresa o tácitamente. El carácter más o menos confidencial de las informaciones consideradas sería, por tanto, irrelevante (AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 241; S. O. Zurich de 10 de diciembre de 1964). En igual sentido se expresan GAVALDA y STOUFFLET (*Droit du Crédit, Les institutions*, cit., p. 403). MORERA ("L'opponibilità del segreto bancario all'erede del cliente della banca in una recente sentenza svizzera", *BBTC*, 1966-I, pp. 109 y ss.) critica, a nuestro juicio, muy correctamente esta sentencia: si la información requerida concierne a cuestiones relativas a los derechos de la personalidad, si se ha admitido que la *ratio* de tal principio es la necesidad de evitar que los informes eventualmente proporcionados por el Banco puedan lesionar ese derecho de la personalidad, no se entiende la razón por la cual se limita el alcance de esta protección a los supuestos en los que el causante solicite la confidencialidad. Efectivamente, la protección de los derechos de la personalidad

También cabe pensar en el supuesto inverso, es decir, que el causante prohíba al Banco dar a conocer ciertos datos puramente patrimoniales a sus herederos. Por lo general, una petición de tal carácter será expresiva de un abuso de derecho (art. 7.2 C.c.) y no podrá ser atendida por el Banco si puede resultar perjudicial para el ejercicio de un derecho de los herederos, por ejemplo, para impugnar una donación por inoficiosa (80).

Por otro lado, se discute si sólo pueden ser objeto de información aquellos datos relativos a operaciones todavía en curso en el momento de la muerte del titular, o si también puede darse noticia de los relativos a relaciones jurídicas que ya se habían extinguido antes de la muerte del causante (81). En nuestro país, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España viene manteniendo que los herederos tienen derecho a obtener información sobre el *estado de la cuenta al tiempo del fallecimiento del causante, así como de los movimientos, extractos, liquidaciones, etc., posteriores al óbito*, pero que no es exigible a las entidades que les faciliten una información general relativa a los movimientos y operaciones reali-

sólo debe ceder cuando sea indispensable para el ejercicio de los derechos de los herederos (por ejemplo, cuando ejerciten acciones tendentes a la protección de su legítima, aspecto que el Tribunal Supremo considera de orden público; o también cuando se vean obligados a justificar un pago ya realizado por el causante a una clínica destinada únicamente a la curación de determinadas enfermedades y que les es nuevamente reclamado, etc.). La posibilidad de facilitar a los herederos informaciones sobre datos que no revistan carácter estrictamente patrimonial, cuando ello sea necesario para la salvaguarda de los intereses patrimoniales de los herederos, es admitida, además, por RIVES-LANGUE y CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit.*, p. 162, quienes citan en su apoyo la sentencia del Tribunal de Grand Instance de Niza de 2 de julio de 1981, en la que los bancos son relevados por el Tribunal de su deber de secreto y se les ordena entregar a los expretos designados los elementos necesarios para el ejercicio de su misión, en un conflicto que oponía a los hijos del primer matrimonio a la segunda esposa del causante.

(80) SICHTERMANN admite la posibilidad de una prohibición de informar a los herederos sobre datos puramente patrimoniales pero con un carácter muy restrictivo, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que exista una declaración en tal sentido por el causante, 2) que la declaración no sea abusiva y 3) que no sea impugnada por los herederos, lo que —añade— normalmente estarán en condiciones de hacer. Para AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE existen unos límites que se imponen en todo caso a la voluntad del causante, existiendo ciertos extremos sobre los que siempre se debe informar al heredero. Tales extremos son la expresión del estado de la cuenta en el momento del fallecimiento del causante y las operaciones que no han sido controladas por el *deuius*.

(81) Por ejemplo, GIANFELICI, *op. cit.*, pp. 260 y ss., quien afirma que los datos referentes a relaciones todavía en curso en el instante del fallecimiento pueden ser puestos en conocimiento del heredero, que sufrirá las consecuencias de la confusión de patrimonios, al constituir la misma relación objeto de sucesión; pero que, sin embargo, las noticias referentes a relaciones ya extinguidas no pueden ser comunicadas al heredero (aunque introduce una salvedad para el caso de que en la relación no haya intervenido ningún tercero —por ej. depósito de suma de dinero encabezado únicamente por el *deuius* y retirada por él mismo—, supuesto en el cual la banca podría —facultativamente— informar al heredero si es requerida para ello, por ejemplo, con la finalidad de ejercitar la acción de petición hereditaria).

zadas por los titulares causantes *antes* de su fallecimiento, entendiendo que habrán de ser los órganos judiciales competentes quienes tengan que resolver sobre la procedencia o no de la solicitud.

El derecho de información de los herederos se ve, por lo demás, sometido a otros límites. El primero es consecuencia del *plazo de seis años* durante el cual el comerciante está obligado a conservar documentos (art. 30.1 del Código de Comercio), pues el deber de información presupone el de conservación (82). El plazo coincide, por lo demás, con el fijado por el artículo 6.1 del Reglamento de la Ley 19/93 de 28 de diciembre, que establece determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, para la conservación de documentos por parte de las Entidades de Crédito (y demás sujetos obligados por la ley) en aquellas operaciones en que es preceptiva la identificación de la clientela. En cambio, en algún pronunciamiento de nuestra jurisprudencia menor se atiende sólo al plazo en que es obligatoria la conservación de documentos a efectos fiscales, esto es, cinco años, pareciendo olvidar, por tanto, las obligaciones contables del comerciante (83). Además, se ha señalado que, si una vez presentada la demanda, el proceso se alarga o se sustanciara en pos-

(82) En la S. AP de Alicante de 1 de octubre de 1999 (RGD 2000, p. 5257) se acoge implícitamente la idea de que el deber de información del Banco al cliente se extingue transcurrido el plazo de conservación de seis años del artículo 30 del Código de Comercio, calificando de “sorprendente” la conducta del actor que había esperado el plazo de seis años para efectuar la primera reclamación sobre la supuesta imposibilidad de disponer de un préstamo de 50.000.000 de pesetas, “actividad contraria cuanto menos a las reglas de la buena fe que debe imperar en toda relación contractual”. Con todo, la razón decisiva de la desestimación de la demanda fue la consideración de que en el caso concreto había suministrado efectivamente la información de forma puntual.

(83) Así ocurre, por ejemplo, en la sentencia de la AP de Huelva de 30 de noviembre de 2000 (AP, 2001, n.º 639). En el caso concreto, el demandante pretendía que la entidad bancaria le demostrara documentalmente una disposición del saldo de su cartilla de ahorro efectuada diez años atrás, y en caso de no poder acreditar documentalmente dicha disposición, que le pagase la cantidad de 1.313.045 pts. que aparecía como saldo en cuenta a su favor. Lo curioso del caso es que el actor ni siquiera afirmaba que tuviera ese dinero depositado en el Banco; sólo pedía que se le demostrase documentalmente el pago. Entiende la Audiencia que esta pretensión es contraria a la buena fe y expresiva de un abuso de derecho, con los siguientes argumentos, que estimamos correctos, salvo en lo relativo al plazo señalado para la conservación de documentos: “La realidad de esta transferencia, diez años después, *cuando fiscalmente no hay obligación de guardar documentos más de cinco años y es explicable su destrucción*, puede probarse por cualquier otro medio admitido en Derecho, y entre ellos, la prueba de presunciones del artículo 1.253”. Y más adelante insiste: “si el actor no puede ni afirmar tener aún depositado dinero en su libreta de ahorro, el banco opone el movimiento de cuenta por el que carece de fondos desde 1989, y en la actualidad la carga de la prueba documental sobre la existencia de saldo favorable al actor resulta más fácil a éste, que no a la entidad bancaria cuando ha *transcurrido el razonable plazo fiscal de cinco años* y no guarda ya la documentación más antigua. No es más razonable desentenderse del depósito bancario casi diez años y no tener documento alguno de sus vicisitudes durante ese tiempo”.

teriores instancias, debe admitirse que el deber de conservación se prorrogue más allá del plazo de seis años (84). Y alguna sentencia va incluso más allá, en el sentido de no considerar necesaria la interposición de la demanda para la prórroga de la obligación de conservación del documento; en el caso concreto fue suficiente la realización de requerimiento notarial previo a la interposición de la demanda (85).

En cuanto al día inicial del plazo para el cómputo del plazo de los seis años, el artículo 30 del C.com. (que en este punto concreto mantiene la redacción del antiguo art. 45) sólo lo establece para los libros contables, debiéndose tomar en consideración, para estos, el último asiento practicado. Pero nada se dice, en cambio, en relación a los documentos y la correspondencia, por lo que se ha propuesto fijar el *dies a quo* en el fin del año civil en el que la carta o documento se expide o se recibe. Por lo que se refiere a las obligaciones de conservación derivadas de la legislación sobre blanqueo de capitales, habrá de estarse a lo señalado por el artículo 6.2 del citado reglamento, en virtud del cual el plazo se contará a partir del día en que finalicen las relaciones con un cliente para los documentos relativos a su identificación, y a partir de la ejecución de cada operación, para la conservación de los documentos o registros que la acreditan.

Y, finalmente, cabe hablar de un último límite, aunque evidente, del derecho de información de los herederos: estos *no pueden llegar a conocer más hechos de los que tendría derecho a tener conocimiento su causante*. A pesar de lo obvio que pueda parecer este enunciado, la cuestión ha dado lugar a un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en ordenamientos vecinos, precisamente a propósito de la comunicación a los herederos del librador de los datos que figuran al dorso de un cheque, al sostenerse por cierto sector que dichos datos tenían carácter confidencial, y que, en consecuencia, no podían ser comunicados ni al librador ni a sus herederos. La polémica se planteó en los siguientes términos: la identidad de los beneficiarios y de los endosantes de los cheques puede revelar a los herederos del librador ciertos aspectos de sus actividades o de su vida privada. Ahora bien, como los herederos del depositante tienen los mismos derechos que éste, resultaba obligado cuestionar el derecho

(84) En este sentido SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*op. cit.*, p. 82) y BLANCO CAMPAÑA (*Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980).

(85) Cfr. la sentencia de la AP de Oviedo de 13 de enero de 1993 (RGD, 1994, p. 2723) en la que se rechaza la argumentación del Banco demandado que pretendía no tener obligación alguna de conservar el original de un documento más allá de los cinco años a los que se refería el antiguo artículo 45 del C.com., señalando expresamente que "*tal argumentación no puede aceptarse en los casos, como el presente, en que existe contienda que afecta muy directamente al documento en cuestión*".

del cliente librador del cheque a pedir del Banco fotocopia del dorso del mismo, en donde figuran informaciones relativas al beneficiario, como el número de su cuenta o el Banco en que la detenta. En general, parece irse imponiendo el criterio de que quien acepta participar en el circuito de un título a la orden, acepta del mismo modo ser conocido por los que habrán de pagar ese título, aunque la cuestión dista todavía de ser pacífica (86).

B. Sujetos legitimados para acceder a la información bancaria del causante.

Delimitado el objeto del derecho de información de los sucesores del causante, surge el problema de qué personas pueden entenderse legitimadas para el ejercicio de tal derecho. Hasta ahora nos hemos referido genéricamente a los “herederos” o “sucesores del causante”. Pero es necesario realizar algunas puntualizaciones.

En la práctica bancaria española se entiende inoponible el secreto bancario a los sucesores del causante tanto a título universal como parti-

(86) La doctrina francesa mayoritaria es favorable a la comunicación (CABRILLAC, TEYSIE, GAVALDA, STTOUFLET) por considerar, o que tales datos no son confidenciales, o que debe primar el interés del librador de verificar la regularidad del título, o, por último, que el secreto bancario, efectivamente oponible ante el juez civil, no opera entre las partes de una misma operación. No faltan autores que, sin embargo, estiman que la revelación sería improcedente; y ello aun en los casos de cheques al portador (CREDOT y GÉRARD). También un sector de la doctrina italiana se muestra reticente a la posibilidad de que los bancos comuniquen al librador el nombre de quienes intervienen en la circulación de un título después de su emisión (MOLLE, *La Banca nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 151-164). La jurisprudencia francesa se encuentra dividida; así, se muestran, partidarias de que el banco facilite fotocopia tanto del anverso como del dorso de los cheques las sentencias del T. Civil de Mónaco de 3 de mayo de 1973; de la Cour Reims de 25 de febrero de 1993, *R. dr. bancaire*, 1993, p. 226; y del TGI. París de 16 de mayo de 1994, *JCC Banque-Crédit*, t. I, 140, p. 1). En cambio, se reconoce el derecho de la Banca de rechazar legítimamente la comunicación de informes bancarios oponiendo el secreto profesional, especialmente en el caso de que el librador solicite de su Banco la comunicación del anverso y del dorso del cheque, en la S. del Tribunal de Grand Instance de París, de 21 de marzo de 1991 (*RTD com.*, 1991, p. 615) en la S. Cour d'Appel de Nancy de 23 de abril de 1998 (*Rev. dr. bancaire*, 1998, p. 142) y en la S. de la Cour d'Appel de Nîmmes de 9 de diciembre de 1999 (*Rev. dr. bancaire*, 2001, p. 151). Se ha desperdiciado la ocasión de esclarecer definitivamente la cuestión en la S. Cass. Com. de 13 de abril de 1995 (*R. dr. bancaire*, 1995, p. 145), que tras afirmar que el secreto profesional al que está obligado el banquero constituye un “impedimento legítimo” oponible al juez civil, no se pronuncia sobre si el banquero puede, también legítimamente, rechazar dar a su propio cliente el dorso de un cheque que él mismo ha emitido. Para la doctrina alemana el Banco se encuentra en estos casos ante un conflicto de deberes, al estar obligado a la vez a dar información al librador (pues participando el contrato de cheque de la naturaleza del contrato de comisión, el comitente puede pedir al comisionista información sobre el desarrollo del negocio) y a guardar silencio frente a la persona que ha presentado el cheque al cobro (SICHTERMANN, *op. cit.*, p. 156). La solución, a juicio de este autor, será distinta según los casos, debiéndose sopesar los intereses del librador y del presentador.

cular. En la doctrina (87), sin embargo, suele distinguirse entre sucesores universales o herederos (a los que debe equipararse el legatario de parte alicuota) a quienes resulta totalmente inoponible el secreto bancario, y sucesores a título particular o legatarios, a quienes se deniega todo tipo de información (88) –porque no continúan la personalidad del causante– o se limita ésta a las comunicaciones relativas a los bienes objeto de legado en poder del Banco el día del fallecimiento –con exclusión de las operaciones de la cuenta– (89).

Además, existen otras personas que, por la función que están llamadas a desempeñar en las operaciones sucesorias, necesitan acceder a la información bancaria del *de cuius*, y que, en consecuencia, entran en el círculo de personas frente a las que no actúa el secreto bancario (90). Dichas personas son: el *albacea*, entre cuyas facultades está la de tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes (902.4 C.c.), lo que difícilmente podrá hacer si desconoce la composición, saldo, etc., de los bienes en poder del Banco; el *contador partidario* (nombrado en testamento o dativo), a quien compete la realización de la partición (1.057 C.c.); y a los *administradores de la testamentaria o de la herencia*, llamados a conservar los bienes y a representar a la herencia en las acciones que se promuevan así como al ejercicio de las acciones que pudieran corresponder al difunto (arts. 798 y 801 de la LEC; 1.026 del C.c.) (91). Al contrario que en otros ordenamientos, el notario en nuestro país no está encargado de ordenar la sucesión, por lo que no le corresponde ningún derecho de información.

(87) Al referirnos a la “doctrina” aludimos fundamentalmente a la extranjera; ya que la española apenas se ha ocupado del tema, limitándose a reconocer un derecho de información a los herederos *in genere* (BATLLE SALES, *El derecho a la intimidad privada...*, cit., p. 120) o sólo a los sucesores a título universal (BÉRGAMO, *op. cit.*, p. 796). FERNÁNDEZ ARMESTO y DE CARLOS BELTRÁN, *op. cit.*, p. 198, aluden, de pasada, a que el secreto bancario no juega frente a los sucesores a título universal o particular del cliente.

(88) HENRION, “Le secret bancaire en droit luxembourgeois...”, cit., p. 165; MULLER, “Le secret bancaire aux Pays-Bas”, *Le secret bancaire dans la CEE...*, cit., pp. 107 y ss.; SCHMIT y DONDELINGER, *op. cit.*, p. 169; JAGMETTI, *op. cit.*, pp. 403-4.

(89) GAVALDA-STOUFFLET, “Devoirs professionnels des établissements de crédit”, *JCC-Banque-Crédit*, t. I, f. 140, p. 16.

(90) En Italia GIANFELICI, *op. cit.*, pp. 258-259, afirma que la banca podrá facilitar informaciones y fotocopias de la documentación sobre las operaciones en curso en el momento de la muerte del causante en favor del ejecutor testamentario y del curador de la herencia yacente, en atención a las funciones que están llamados a desempeñar (administración de la herencia, formación de inventario, etc.). Del mismo modo SICHTERMANN, *op. cit.*, p. 150, incluye en la rúbrica de administrador de patrimonios ajenos (“*Verwalter fremder Vermögen*”) con derecho a ejercitar un derecho de información idéntico al que tendría el cliente a los curadores y administradores de la herencia y a los ejecutores testamentarios.

(91) La sentencia de la Cour d'Appel de París de 6 de febrero de 1998 (*Rev. dr. bancaire*, 1998, p. 69) ha considerado que no procede la comunicación de los datos solicitados a la banca por el *expert judiciaire* encargado de una sucesión, en relación con las cuentas abiertas

En relación con los *usufructuarios* de determinados bienes o de una porción de la herencia, está claro que no ostentan la condición de herederos (92), y que como tales usufructuarios no tienen facultad de disposición, salvo que expresamente le haya sido otorgada por el testador (93), lo que en principio, movería a entenderlos excluidos del derecho de información. Sin embargo, es cierto también que el usufructo da derecho no sólo a los frutos del objeto usufructuado, sino también a su uso. Lo que ocurre es que es imposible hacer uso de los fondos existentes en una cuenta sin consumirlos. Debe entonces aplicarse el artículo 482 C.c., según el cual, recayendo el usufructo sobre bienes consumibles, el usufructuario tiene derecho a servirse de ellas con la obligación de restituirlas. Efectivamente, dispone el citado precepto que *“si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubieren dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo”*. Por otra parte, los usufructuarios dispensados de prestar fianza están facultados para reclamar los créditos vencidos (art. 507 C.c.); facultad para cuyo ejercicio puede resultar indispensable este derecho de información (94).

a nombre de otra persona, bajo la alegación de que la reconstrucción del activo y del pasivo de la sucesión de la que estaba encargado no podría ser realizada más que accediendo a las cuentas abiertas a nombre de la interesada en dicha banca; y ello porque tales informaciones (a excepción del estado civil de la cliente, que el Tribunal estima que no constituye información confidencial) sólo podrían ser solicitadas al propio titular de la cuenta.

(92) S. AP Madrid de 29 de enero de 1993. (RGD, 1993, p. 5165).

(93) La S. AP de Cuenca de 19 de febrero de 1996, califica de “actos de apoderamiento sin título” las extracciones de dinero realizadas por la usufructuaria sin conocimiento ni consentimiento de los herederos, apropiándose de esas cantidades como propietaria. Por las razones arriba indicadas, no podemos sino discrepar de esta resolución: el usufructuario de una suma de dinero tiene derecho a usar del mismo, con la obligación, eso sí, de restituirlo. En igual sentido BOUTELLIER, “Comptes ayant plusieurs titulaires”, *JCC-Banque-Crédit*, t. II, f. 240, p. 6, y SOUSI, “La spécificité juridique de l’obligation de somme d’argent”, *RTD civ.*, 1984, p. 527. AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 245, son partidarios de reconocer el derecho de información sobre los haberes depositados en el Banco tanto al usufructuario como al nudo propietario, aunque a éste último no se le debe dar noticia alguna sobre la cuenta corriente en la que se entregan las rentas, de las que sólo el usufructuario puede disponer.

(94) Las hipótesis de usufructo de una cuenta, ya suficientemente excepcional de por sí, normalmente tendrán origen en alguna disposición testamentaria, por la que se deje a una persona la nuda propiedad y a otra el usufructo, encontrándose, entre los bienes de la herencia, el saldo de una determinada cuenta. Por esta razón hemos creído oportuno aludir a los derechos de información del usufructuario en este apartado. Señala BOUTELLIER (*loc. ult. cit.*) que no es frecuente que el Banco permita el funcionamiento de este tipo de cuentas en razón de su particularismo y de las dificultades prácticas que plantea, por lo que frecuentemente, se acude a la fórmula de clausurar esa cuenta y abrir otra distinta con el solo nombre del usufructuario.

Caso particular es el de las llamadas *cuentas indistintas*, en las que a menudo surgen conflictos entre los sucesores del cotitular fallecido y los cotitulares supérstites (95); así, por ejemplo, son habituales los litigios en los que los herederos tratan de demostrar frente al cotitular que los fondos depositados en la cuenta pertenecían en su totalidad a su causante (96). En casi todos los ordenamientos se tiende a preservar los intereses de los herederos, concediéndoles un derecho de información sobre la cuenta de la que era cotitular el causante, haciendo inoponible frente a ellos el secreto bancario (97). Hay que tener en cuenta que una de las ideas básicas que inspiran el Derecho Sucesorio es que la atribución de

(95) Reflejo de esta idea se encuentra en la S. AP de Salamanca de 7 de junio de 1994 (AC, 1994-3, @ 1.399) cuando destaca, al igual que la doctrina más autorizada, *“la potencialidad conflictiva de estas modalidades bancarias bajo cuya cobertura pueden cobijarse verdaderas y propias manifestaciones de voluntad emitidas con otros fines además del específico y propio de la disponibilidad indistinta, pues nada obsta a que el querer real de quien contrata una cuenta y deposita dinero en ella sea el de, por ejemplo, establecer un acto de liberalidad o utilizarlas incluso como una fórmula alternativa de testamento. Pueden ser por tanto variados los efectos jurídicos que se desprendan de estas cuentas de titularidad indistinta. El más frecuente se desencadena, (...), cuando se produce el fallecimiento de algún titular y entran en conflicto los intereses del supérstite y los herederos del premuerto, efectos que también alcanzan a la entidad bancaria que se verá involucrada en el problema, por cuanto debe conocer quien entre todos los interesados resulta ser en definitiva el acreedor legítimo a quien han de ir a parar los fondos de la cuenta y a quien por tanto, debe realizar la entrega”*.

(96) Cfr., por ejemplo, SS TS de 7 de junio de 1996 (Ar. 4.826), 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9.425); 8 de febrero y 14 de junio de 1991 (Ar. 1.156 y 4.463, respectivamente).

(97) MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 191, indica que *“la tendencia a proteger los derechos de los herederos sobre la cuota del titular fallecido (y a garantizar el interés público correlativo al cumplimiento de las cargas fiscales) es una constante”*. Correlativamente, la concesión de un derecho de información a los herederos se presenta como medio instrumental indispensable para poder hacer efectivos esos derechos sobre la cuota del cotitular fallecido. La excepción más característica a este enunciado viene representada por el ordenamiento libanés, ordenamiento que ha llamado la atención de numerosos estudiosos del secreto bancario no sólo porque en él la institución que nos ocupa alcanza una de las mayores cotas de protección (siendo utilizada como un evidente mecanismo de atracción de capitales extranjeros), sino también por contar con una ley específica para el secreto bancario (Ley de 3 de septiembre de 1956) y otra para la cuenta conjunta (Ley de 19 de diciembre de 1961) que le afecta en gran medida. En efecto, como principio general el Derecho libanés acepta que el derecho al secreto se transmite a los herederos, según se deduce del artículo 2 de la ley sobre el secreto bancario, que permite la divulgación de la identidad del depositario *“en caso de autorización escrita de él o de sus herederos o legatarios”*. Si los herederos pueden consentir la revelación es porque ellos mismos tienen derecho al secreto, pues nadie puede renunciar a derechos de los que no es titular. Sin embargo, el artículo 3 de la Ley sobre la Cuenta Conjunta dispone que en caso de muerte de uno de los titulares de este tipo de cuentas, *“él o los cotitulares disponen de la totalidad de dicha cuenta, que pueden hacer funcionar libremente. En este caso la Banca no está obligada a proporcionar ningún informe a los herederos del titular fallecido, salvo cláusula en contrario expresamente previsto en el contrato de cuenta conjunta”*. El texto de este artículo debe ser reproducido literalmente en el contrato”. Con lo que resulta evidente que, de no insertarse la cláusula en favor de los herederos se está favoreciendo una nueva forma de transmisión *mortis causa* de los bienes al tiempo que se desprotege la legítima de los herederos (*vid.*, al respecto, FARHAT, *Le secret bancaire...*, cit., pp. 101 y ss., con referencia a las discusiones parlamentarias).

bienes a personas que no tengan la cualidad de heredero ha de hacerse por testamento, con las formalidades exigidas legalmente, y que esta atribución nunca puede perjudicar la legítima de los herederos forzosos –art. 806 C.c.– (98). El mecanismo de la cuenta corriente indistinta no puede, por ello, ser utilizada para la transmisión *mortis causa* de los bienes; de ahí la tendencia a proteger los derechos de los herederos, que encuentra justificación, a mayor abundamiento, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara que la protección de las legítimas es de orden público (99). Es más, la jurisprudencia no sólo entiende que el secreto bancario es inoponible a los herederos en este particular tipo de cuentas, sino que les confiere un auténtico derecho de información sobre los hechos de relevancia que afecten a la cuenta abierta por el causante. Ejemplo de esto es la **S. de la AP de Barcelona de 3 de mayo de 1995**. La heredera del titular de determinados efectos informa a la entidad de crédito de la muerte de éste, acreditando, mediante exhibición del auto de declaración de herederos, su condición de heredera, en base a lo cual solicita determinadas certificaciones de la cuenta del causante, que, efectivamente, le son proporcionadas. El problema surge cuando el Banco, en un momento posterior, procede a ingresar el producto de la amortización de las obligaciones del fallecido en una cuenta indistinta, de la que eran cotitulares el fallecido y una tercera persona, sin dar noticia alguna de este hecho a la referida heredera. La Audiencia condena a la Entidad de Crédito solidariamente con el otro cotitular a entregarle las cantidades procedentes de la amortización de las obligaciones, al entender que había faltado al deber de diligencia:

“la entidad depositaria, habiendo tenido conocimiento de manera oficial del fallecimiento del titular de las obligaciones y de que existía una persona declarada heredera, quien tenía un firme propósito de defender sus derechos como lo prueba que acudiera a solicitar información y certificaciones de las cuentas del padre, que la propia Caja le facilitó, no podía ingresar el producto de amortización de las obligaciones de F. más de un año después de la muerte del titular y de ser advertida por la heredera y legal sucesora en la titularidad de las mismas, de forma mecánica en la cuenta corriente que en su momento y en vida del referido depositante había sido designada para ello, sin notificarlo o ponerlo en conocimiento de aquella heredera, y ello máxime cuando se trató de una amortización anticipada y obligatoria consecuencia del plan de viabilidad de la compañía F. y por tanto al ser un hecho de carácter excepcional, que no podía, con los datos y certificados librados por la propia entidad, ser previsto por la demandante”.

(98) Cfr., al respecto, la S. AP de Ciudad Real de 5 de noviembre de 1993, en la que se resumen los principios generales del Derecho Sucesorio de los que hay que partir para la atribución de los saldos de las cuentas corrientes (AC, 1994, p. 470).

(99) STS de 23 de octubre de 1992 (Ar. 8.280).

Por otro lado, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha entendido que los herederos de uno de los titulares de una cuenta indistinta ocupan la misma posición de su causante y tienen derecho a ser informados de cuanto acontece relacionado con la cuenta que sea posterior al óbito (100).

En el supuesto de que el contrato de cuenta corriente indistinta contuviera la llamada “cláusula de exclusión de herederos” (es decir, una cláusula por la que se estipula que, fallecido uno de los cotitulares de la cuenta, el contrato continúa con el resto de los cotitulares supérstites, pero no con los herederos del difunto) (101), resulta impensable que el secreto bancario pudiera ser opuesto a los herederos del titular premuerto, quienes pueden ostentar derechos sobre la totalidad o parte de los fondos existentes en la cuenta. Es más, el derecho de información de los herederos sería el único medio por el que podría admitirse la validez de tal cláusula. En relación también con las cuentas de titularidad indistinta se ha sugerido la obligación del Banco que haya tenido noticia del fallecimiento de uno de los titulares, de informar a sus herederos de la existencia de dicha cuenta (102). Pero en la práctica española la situación es más bien la contraria: se insiste en el deber de los herederos o del coti-

(100) Expediente 1.822/99, Memorias del SRBE correspondientes a 2000, p. 63. En el supuesto, frente a las concretas imputaciones del abogado representante de la comunidad hereditaria reclamante, discrepando de distintas actuaciones, como el cierre de una cuenta, traspaso del saldo a otra, abono de dividendos en una tercera, etc., sin órdenes expresas por personas facultadas, la entidad no proporcionó información alguna, escudándose en la falta de aportación de determinada documentación de una de las testamentarías (los dos titulares de la cuenta, abierta con carácter indistinto, habían fallecido). El Servicio entendió que los herederos de uno de los titulares de la cuenta indistinta ocupan la misma posición de su causante, y tienen derecho a ser informados de cuanto acontece relacionado con la cuenta que sea posterior al óbito, estimándose, en consecuencia, que la actuación de la entidad fue poco transparente.

(101) La validez de dicha cláusula ha sido admitida en Derecho español por la doctrina que se ha ocupado del tema, en base precisamente a la acentuada relación de confianza que existe entre los cotitulares de una cuenta indistinta, por lo cual, fallecido uno de ellos, los demás pueden oponerse legítimamente a que el contrato continúe con los herederos (cfr. MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, pp. 70-71). En el Ordenamiento helvético tanto la doctrina como la jurisprudencia considera que este tipo de cláusulas son válidas en virtud del principio de autonomía de la voluntad. LORD CHORLEY, *op. cit.*, p. 160, se refiere, asimismo, a la cláusula de “*survivorship*” en las “*joint accounts*”, definiéndola como la cláusula por la que los derechos de un cotitular en una cuenta bancaria se transmiten, a su muerte, al resto de los cotitulares. Sin embargo, indica que los tribunales suelen mostrarse contrarios a este tipo de cláusula, refiriéndose, además, a los problemas a que da lugar en la práctica bancaria, especialmente en los supuestos de cuentas encabezadas por marido y mujer.

(102) En este sentido, GAVALDA y STOUFLET (*JCC-Banque-Crédit*, f. 240, p. 12), quienes precisan que la banca no está obligada a investigar los herederos del difunto, al tiempo que HENRION, “*Le secret bancaire en Belgique...*”, cit., p. 169, se limita a dejar apuntado el problema, preguntándose si no informar a los herederos de la existencia de la cuenta supondría una falta al principio de colaboración entre acreedores y deudores.

tular supérstite de comunicar el fallecimiento. Al efecto se incluyen en las condiciones generales cláusulas por las que se hace responsables a los clientes de las disposiciones de dinero efectuadas tras el fallecimiento de un cotitular sin haber dado cumplimiento a la normativa fiscal (103). Pero no se establece una correlativa obligación del banco de comunicar “de oficio” a los herederos la existencia de una cuenta indistinta.

C. Condiciones para el ejercicio del derecho de información.

Los sujetos legitimados para ejercitar el derecho de información deberán acreditar no sólo el fallecimiento del causante, mediante exhibición del certificado de defunción, sino también su condición de herederos o persona con derecho para acceder a la información solicitada. Será necesario, por tanto, presentar, según los casos, copia autorizada del último testamento o testimonio del auto de declaración de herederos, si el que pide la información es un heredero. En defecto del auto de declaración de herederos o testamento, entendemos que sería suficiente la exhibición de algún documento del que inequívocamente se deduzca la condición de heredero del solicitante de información. En el caso de que el Banco no lo considerase suficiente, puede acudir al recurso de un acta de notoriedad notarial (104). Si el solicitante de información es una persona encargada de realizar determinadas tareas en las operaciones sucesorias, será preciso el testimonio de la resolución judicial de nombramiento de contador partidor o administrador de la herencia, según los casos (art. 1.007, párr. 2 de la LEC) (105).

(103) El deber del cotitular supérstite de informar del óbito se refleja también en la jurisprudencia sobre prestaciones de la Seguridad Social indebidamente cobradas a través de Entidades financieras. Así, la S. AP de Oviedo de 18 de diciembre de 1996 (AC, 1997-2, @ 638): *“De todo lo cual se infiere que se está ante unos abonos que fueron incorrectamente realizados en la libreta, por culpa únicamente imputable al (cotitular) demandado, a quien incumbía notificar a la Caja el fallecimiento de la cotitular de la cuenta, lo que no hizo como él mismo reconoce”*.

(104) *Vid.*, en este sentido, *Manual Jurídico de las Operaciones Bancarias*, p. 125.

(105) En la S. AP Barcelona de 3 de mayo de 1995, como vimos, la heredera había acreditado su condición mediante la exhibición del auto de declaración de herederos. En general, en casi todos los ordenamientos la doctrina exige, como no podía ser de otro modo, que se justifique documentalmente la condición de persona con derecho de recibir información. Así, a juicio de GIANFELICI, *op. cit.*, p. 260, antes de facilitar la información solicitada, el Banco deberá comprobar el fallecimiento del causante y el justificante de la cualidad hereditaria del solicitante, el número de derechohabientes del cliente fallecido, la existencia o no de disposiciones testamentarias y la capacidad jurídica del heredero. Por su parte, AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (*op. cit.*, p. 205) al describir la práctica bancaria helvética señalan que el heredero que actúa individualmente debe presentarse con los siguientes justificantes: acta de defunción y documento que establezca su cualidad de heredero. Por cierto, la exigencia de estos documentos ha sido el obstáculo que ha impedido en la práctica, a los herederos de las víctimas del

No creemos, sin embargo, que sea preciso aportar aquellos documentos necesarios para justificar la adjudicación de los bienes o el pago o exención del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Tal documentación es requerida en los casos en que se pretende efectuar una disposición de fondos, por exigencia expresa de la ley fiscal, pero no para una mera petición de información, información que, por lo demás puede ser de vital importancia precisamente para la satisfacción de tales impuestos, para la elaboración de un cuaderno particional, etc. Y precisamente en este sentido resuelve el Servicio de Reclamaciones del Banco de España la reclamación 941/99. En el supuesto planteado, el Banco no había entregado a quien acreditó ser heredero del titular fallecido la información pertinente sobre el estado de las cuentas a la fecha del fallecimiento, poniendo como requisito previo que el heredero justificara el pago del Impuesto de Sucesiones. Entiende el Servicio de Reclamaciones que el cumplimiento de tal requisito era imposible si se tiene en cuenta que los herederos precisan conocer los saldos existentes en las cuentas antes de cumplir con sus obligaciones fiscales. En consecuencia, el comportamiento de la entidad es calificado como contrario a las buenas prácticas bancarias. En el mismo sentido resuelve el Servicio la reclamación del heredero contra la negativa de la entidad crediticia a facilitar información sobre la cuenta de la madre del reclamante, por ser necesaria para realizar la correspondiente testamentaria (Reclamación 1.518/1999) (106).

Holocausto conseguir información sobre las cuentas por ellos detentadas en Suiza: se ha dicho muy gráficamente que Hitler no expedía certificados de defunción. Señala ZIEGLER, en su polémico libro sobre *El oro Nazi* (op. cit., p. 115) que, si en algunos casos los herederos conseguían obtener una declaración de fallecimiento, entonces los Bancos exigían que el solicitante de información probara ser el único heredero de la familia, extremo harto difícil teniendo en cuenta que en los campos de exterminio fueron gaseadas familias enteras. También las Condiciones Generales de la Banca Alemana (*AGB- Banken*, 1993) disponen en su número 5 que *"Después del fallecimiento del cliente, el Banco podrá exigir la presentación de un certificado de herencia, de un certificado de nombramiento de albacea o de otra documentación necesaria para aclarar el derecho de disposición: los documentos redactados en idioma extranjero han de presentarse, a exigencia del banco, en traducción al idioma alemán. El Banco podrá prescindir de la presentación del certificado de herencia o del certificado de nombramiento de albacea, si se le presenta un ejemplar o una copia autenticada de la disposición de última voluntad (testamento, contrato sucesorio) junto con el respectivo acta de apertura de la sucesión. El Banco podrá considerar a la persona designada en dichos documentos como heredera o albacea, como autorizada y permitirle disponer y, en especial, efectuar a favor de ella prestaciones con efecto liberatorio. Lo antedicho no vale si el banco tiene conocimiento de que la persona en cuestión no tiene el derecho de disposición (por ejemplo, tras la impugnación o por nulidad del testamento) o si por negligencia no llegó a tener conocimiento de ello"*.

(106) En cambio, cuando lo que pretenden los herederos es efectuar una disposición de fondos, los artículos 32.4 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones y 91.4 de su Reglamento (aprobado por RD 1.629/1991, de 8 de noviembre), disponen que los órganos judiciales *intermediarios financieros*, Asociaciones, Fundaciones, Sociedades, funcionarios y particulares o cualquiera otras Entidades públicas o privadas,

Otra pregunta que cabe formularse, también en relación a la forma de ejercicio del derecho de información, es la de si éste puede hacerse valer por cualquier heredero individualmente o si, por el contrario, es necesario que todos ellos actúen de forma conjunta. Creemos que, por analogía con el supuesto de cuenta corriente de titularidad plural, el derecho de información corresponderá a cada heredero de forma individual (107). Si cada cotitular puede pedir información sobre el estado de la cuenta, cada heredero podrá usar de este derecho sin necesitar el consentimiento de los demás.

6. Responsabilidades derivadas de la violación del secreto bancario

En primer lugar, es necesario destacar que las actuaciones de una entidad de crédito pueden dar lugar a la exigencia de los más variados tipos de responsabilidad, de conformidad con el ilícito en cada caso cometido: civil, penal o administrativo. Además, y en relación con los empleados del banco, puede hablarse de una responsabilidad “laboral”, esto es, de la eventual aplicación de sanciones disciplinarias por parte de la propia

no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice. La obligación es particularmente grave teniendo en cuenta que pueden ser considerados subsidiariamente responsables del pago del impuesto, salvo que resulten de aplicación las normas sobre responsabilidad solidaria de la LGT, en las transmisiones *mortis causa* de depósitos, garantías o cuentas corrientes, los intermediarios financieros o personas que hubieren entregado el metálico y los valores depositados o devuelto las garantías constituidas [art. 8 a) de la Lcy y 19.1 a) del Reglamento].

(107) En igual sentido, COLTRO CAMPI, *op. cit.*, p. 20, y GIANFELICI, *op. cit.*, p. 263 (aunque este último advierte que en el terreno práctico, para evitar todo posible litigio con otros herederos, el Banco puede convenir que la solicitud de información cuente con el consentimiento de todos los herederos); en contra RUTA, “Le secret bancaire en Droit italien”, cit., p. 134. La doctrina alemana, en general, se inclina por la solución contraria. Así SICHTERMANN, *op. cit.*, p. 52, quien, sobre la base del parágrafo 2.039 del BGB (“perteneciendo un crédito a la herencia, el obligado sólo puede cumplir frente a todos los herederos conjuntamente, y cada coheredero sólo puede pedir el cumplimiento para todos los herederos. Cada coheredero puede pedir que el obligado a cumplir la prestación, la deposite en favor de todos los herederos, y si no es apta para el depósito, la entregue en custodia judicial”) y del 2.038 (“la administración de la herencia corresponde a los herederos conjuntamente”), entiende que el derecho de información sólo puede ser ejercitado conjuntamente, aunque uno de ellos puede pedir que el Banco proporcione información *para toda la comunidad hereditaria* (sin ser necesaria entonces la aprobación de todos los herederos a la formulación de la solicitud). Lo que —añade— está en consonancia con las necesidades de la práctica, pues cada heredero debe decidir de forma individual si va a rechazar la herencia por sobreendeudamiento; a él sólo se puede fijar un plazo para la formación de inventario, etc. Esta misma postura es compartida por CANARIS, *op. cit.*, p. 569, no sólo para formular solicitudes de información, sino también para plantear demandas por la ruptura del secreto bancario.

entidad. Sin perjuicio de efectuar algunas consideraciones sobre los supuestos de exigencia de responsabilidad penal o administrativa por la violación del secreto bancario, el núcleo de nuestro estudio se referirá al campo de la responsabilidad civil.

Pues bien, en la actualidad no es posible hablar de la existencia de un régimen especial de responsabilidad civil en el ámbito del Derecho Bancario. En efecto, consideramos que hoy en día resulta exagerado hablar de la efectiva aplicación a la actividad de la empresa bancaria, en general, de los criterios de la responsabilidad objetiva o de la responsabilidad por riesgo de empresa (108). Esto sólo sucede en los supuestos en que la ley lo establece expresamente, y fuera de ellos, en relación con actividades que implican un riesgo considerado como anormal. De este modo, si se observa detenidamente la jurisprudencia en que se hace referencia a la responsabilidad por riesgo profesional del banco, puede comprobarse cómo siempre se trata de supuestos en los que se hace aplicación del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuya virtud, el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa (109). Y aun en estos casos, el Tribunal tiende a apurar el grado de diligencia exigible a la Banca, de modo que tras la afirmación teórica de que el artículo 156 LCCh constituye un claro ejemplo de responsabilidad cuasi objetiva, a la hora de analizar el caso concreto siempre aprecia una negligencia en el comportamiento de la Banca, rehuyendo efectuar una declaración de responsabilidad basada únicamente en el principio de responsabilidad

(108) Incluso autores que, en principio, parecen firmemente partidarios del establecimiento de una responsabilidad objetiva para la actuación de las entidades de crédito (así, SÁNCHEZ MIGUEL), en realidad lo que proponen es un mayor rigor en el grado de responsabilidad de dichas entidades. De este modo, acaba matizando que “aun partiendo de un principio positivo, la responsabilidad de la banca por los hechos que puedan considerarse dentro de su actividad, también es cierto que esta responsabilidad cesa cuando prueba la ausencia de culpa”.

(109) Hacen referencia expresa a la doctrina de riesgo profesional en el pago de cheques falsos las sentencias del TS de 18 de mayo de 1993 (“se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, debe responder del pago indebido el banco, por no extremar la diligencia e incluso por la teoría del riesgo”); 1 de marzo de 1994 (Ar. 1.636) y 9 de febrero de 1998 (Ar. 705). También, en numerosas ocasiones las sentencias de las Audiencias Provinciales aplican la doctrina del riesgo: AP de Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 1993 (RGD, 1996, p. 1250), AP de Madrid de 14 de diciembre de 1994 (AC, 1995-II, @ 769), 2 de octubre de 1995 (RGD, 1995, p. 13843), 27 de enero y 2 de junio de 1997 (RGD, 1997, p. 6345 y 15054); la AP de Valencia de 29 de enero de 1996 (RGD, 1996, p. 5913) y AP de Ciudad Real de 31 de julio de 1999 (RGD, 2000, p. 5377). La doctrina española encuentra, de forma casi unánime, el fundamento de este estricto régimen de responsabilidad cuasi objetiva del librado en la doctrina del riesgo profesional o de la responsabilidad por el riesgo creado. Vid., por todos, FARRANDO MIGUEL, cit., pp. 470-1.

objetiva (110). En los demás, la responsabilidad sigue anclada en la culpa, por más que el grado de diligencia exigible sea superior a la medida señalada por el 1.104 C.c., y aunque se observen en la aplicación de la responsabilidad extracontractual algunas de las tendencias actuales en la evolución de los criterios de aplicación del 1.902 C.c. Incluso hay supuestos en los que se aplica la doctrina del riesgo al cliente de la entidad de crédito, por las ventajas que la utilización de un determinado servicio comporta (111).

Pero aun no pudiendo hablarse de un verdadero *régimen especial* de responsabilidad para la Banca, sin embargo, las peculiares características de la actividad bancaria sí han llevado a destacar, tanto en nuestro ordenamiento como en otros vecinos, ciertas *matizaciones* a la hora de apreciar la responsabilidad contractual o extracontractual de estas entidades. Para justificarlas, se destaca el primordial papel que la actividad crediticia desempeña en el conjunto de la economía, con la consiguiente repercusión de sus actividades en la del resto de los operadores económicos y su carácter instrumental para el ejercicio de otras actividades, lo que da pie para esperar una especial diligencia en la realización de sus tareas. Estas especiales características de la actividad crediticia inciden, en primer lugar, en el *grado de diligencia* exigible a la Banca, y así, se ha propuesto como módulo de responsabilidad del banquero el patrón del *bonus argentarius*, esto es, el parámetro de pericia y diligencia del experto

(110) Ocurre así, por ejemplo, en la sentencia de la AP de Valencia de 27 de noviembre de 1995 (RGD, 1996, p. 5913): “*El banco no apuró su diligencia al tratarse de dos cheques de un importe muy superior a los que normalmente se venían abonando*”, y la del mismo tribunal de 28 de junio de 1994 (Colex 94CP2022) que aprecia concurrencia de culpas, atribuyendo a la entidad bancaria responsabilidad por negligencia al haber pagado el cheque correspondiente a un cliente conocido, del que era sabido que no solía disponer de sumas tan elevadas como la pagada con el cheque falsificado, sin verificar previamente si el cheque era conforme o no lo era. La sentencia de la AP de Madrid de 18 de junio de 1998 (AC, @ 15), tras afirmar que la responsabilidad ex artículo 156 LCCh constituye un claro ejemplo de responsabilidad por riesgo profesional “*que se independiza de la diligencia en concreto observada por el empleado que recibió el cheque y autorizó su pago (...) pues el texto legal no hace depender de tal circunstancia la responsabilidad de la entidad librada, resultando por tanto indiferente el grado de perfección alcanzado con la falsificación y la pericia de aquél en detectarla*”, tipifica la conducta del banco como negligente, por no haber hecho pasar el cheque por las lámparas destinadas a detectar falsificaciones, lo que constituye “*una omisión de una conducta socialmente exigible, mediante la adopción de las normas más elementales de previsión y cuidado en el desarrollo de su actividad profesional*”.

(111) En este sentido la sentencia de la AP de Soria de 2 de noviembre de 1996 estima que la expedición de una tarjeta 4B no supone obligación por parte del banco de comprobar la identidad del usuario en cada acto de disposición “*pues las indudables ventajas que supone para el usuario este medio de pago tiene como inevitable contrapartida la sustitución de la personal comprobación de identidad por el sistema de clave numérica secreta, pero que el titular puede comunicar a terceros, asumiendo el riesgo que dicha decisión genera*”.

operador del sector, en nuestro caso, del banquero atento, experto y diligente, frente al modelo del *bonus pater familias*, es decir, del hombre medio, de normal pericia y diligencia (112).

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto de una violación del deber de secreto por parte de las entidades crediticias, surge inmediatamente la cuestión de intentar clarificar por qué tipo de culpa responde el banquero, es decir, si sólo incurre en responsabilidad en los supuestos de una violación del secreto bancario cometida a título de dolo o de culpa grave o si también puede apreciarse dicha responsabilidad en las hipótesis de culpa leve. Por nuestra parte entendemos que dada la cualificación de la diligencia exigible al banquero que establece, como hemos visto, la más reciente jurisprudencia, su responsabilidad debería también extenderse a los supuestos de culpa leve (113). Un ejemplo de violación negligente del secreto bancario sería el de acceder a dar información telefónicamente a quien dice ser titular de una cuenta sin hacer las comprobaciones necesarias (114), o también la remisión errónea de

(112) En este sentido, ya son de cita común las sentencias del TS de 15 de julio de 1998 (Ar. 5.717) y 9 de febrero de 1998 (Ar. 705) en las que se afirma que *"la diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto, que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos"*. El artículo 1 de las Condiciones Generales relativas a la relación banca-cliente que figuran en el Protocolo de Entendimiento entre la Asociación Bancaria Italiana y diversas Asociaciones de Consumidores, establece precisamente que en las relaciones con la clientela la banca está obligada a observar criterios de diligencia adecuados a su condición profesional y a la naturaleza de la actividad desarrollada, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.176 del Código civil, precepto que distingue entre el grado de diligencia que, con carácter general, debe observar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (la de un buen padre de familia) y la diligencia que debe adoptarse en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, que deberá valorarse en relación a la naturaleza de la actividad desarrollada.

(113) En igual sentido, GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, p. 102. Aunque no referido al supuesto de violación del secreto bancario, sino de responsabilidad derivada del suministro de informaciones inexactas, considera igualmente EMBID IRUJO, *op. cit.*, p. 112, que la banca debe responder por cualquier tipo de culpa.

(114) GULPHE, *op. cit.*, cita, en este sentido, la sentencia de la Cour de París de 17 de octubre de 1931, en la que se dieron informaciones por teléfono sin haberse asegurado de la identidad del interlocutor. La revista *Banque* (n.º 589, febrero de 1998, p. 98) recomienda en estos supuestos al banquero adoptar la máxima prudencia, advirtiéndole que debe abstenerse de proporcionar la información telefónicamente salvo si no existe duda alguna sobre la identidad del cliente, bien conocido por el cajero. Para evitar el descontento de su interlocutor, que quizá sea el "buen" cliente, justificará su postura apelando al secreto llamado a proteger a los clientes contra las indiscreciones que podrían dañarle. BÄRMAN, *op. cit.*, p. 25, incluye entre los supuestos de negligencia las hipótesis en las que el banquero no se da cuenta de estar revelando un secreto, o cuando permite involuntariamente acceder a los secretos (o a los libros o documentos de negocios).

documentos bancarios (por ejemplo, de extractos de cuenta) a persona distinta del titular (imaginemos los daños que pueden irrogarse al cliente si el receptor de la información resulta ser un conocido suyo —supuesto nada descabellado si pensamos en equivocaciones a la hora de consignar el número del portal o del piso). Del mismo modo podría incurrir en responsabilidad la Banca que no haya adoptado las adecuadas medidas de seguridad en sus bancos de datos (115) o en los sistemas de Banca electrónica. Conviene recordar, a este respecto, las precauciones que, en relación al envío del número de identificación personal, debe adoptar el emisor de un medio de pago electrónico.

La naturaleza de la responsabilidad que puede derivarse para la entidad financiera en caso de revelación de noticias confidenciales será, sin lugar a dudas, de **carácter extracontractual** respecto a aquellos clientes con los que la banca no haya llegado a concluir un contrato (sería el caso de quien acude a la Entidad de crédito solicitando un préstamo, a cuyo fin le facilita múltiples informaciones sobre su solvencia, la actividad de su empresa, etc., pero sin que el contrato de préstamo finalmente tenga lugar), sirviendo entonces el artículo 1.902 del Código civil de base jurídica para fundamentar las pretensiones de resarcimiento.

Mayores problemas pueden surgir a la hora de determinar la naturaleza de la responsabilidad contraída cuando entre el cliente y el Banco media un contrato. Efectivamente, en tal supuesto, parece lógico entender, con la doctrina mayoritaria, que la violación del secreto bancario por el banco, comunicando los datos confidenciales que ha tenido conocimiento a través de su relación con el cliente, constituye una transgresión del artículo 1.258 del Código civil. El secreto bancario se entiende así, como un elemento integrador del contrato, que deriva de la nota de confianza presente en todos los contratos bancarios. Por tanto, la responsabilidad que surgiría en este supuesto, sería, evidentemente, de **carácter contractual** (116). Sin embargo no conviene perder de vista que, según la juris-

(115) El artículo 44.3 letra h) de la Ley de Protección de Datos califica de infracción grave el mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.

(116) En este sentido se pronuncian GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, pp. 96 y ss.; FAJARDO GARCÍA, *op. cit.*, p. 600; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 3237; SCHWINTOWSKY-SCHÄFER, *op. cit.*, p. 62; MOLLE, *Manuale di Diritto Bancario e dell' intermediazione finanziaria*, cit., p. 32; VIGO, *op. cit.*, p. 34; SECCHI TARUGI, *op. cit.*, p. 1455; RIPERT-ROBLLOT, *op. cit.*, p. 36; VÉZIAN, *op. cit.*, p. 239, y GAVALDA-STOUFFLET, "Le secret bancaire en France", cit., p. 95. La jurisprudencia francesa e italiana también discurren, en general, por ese camino. En relación con la primera, merece destacar la sentencia de la Corte de Apelación de París de 6 de febrero de 1975 (*For. it.*, 1976-IV, pp. 183 y ss., con nota de BESSONE): "A la responsabilidad de derecho común que puede resultar de la aplicación al banquero de las disposiciones del Código Penal se añade la que deriva de las obligaciones particulares, a las que, en razón de las relaciones contractuales está obligado frente a los propios clientes". Con relación a la jurisprudencia italiana,

prudencia del Tribunal Supremo, para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, se requiere que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado. Teniendo en cuenta que lo normal es que en ningún contrato bancario se pacte expresamente la obligación de respetar el secreto bancario –excepción hecha de algunos acuerdos previos de intercambio en los contratos de banca electrónica– puede interpretarse que la revelación de datos confidenciales lesiona el deber general de no causar daño a otro (art. 1.902 C.c.). Es más, en uno de los pocos casos por violación del secreto bancario del que tenemos conocimiento que haya llegado a la Sala I del Tribunal Supremo, la acción que se planteaba era la derivada del 1.902 C.c., a pesar de que, según se deduce claramente de los hechos, entre las partes había existido una relación contractual (117). Por ello entendemos que no sería descabellado pensar que puede operarse una yuxtaposición de responsabilidades, admitidas por nuestro Alto Tribunal (118) en base a la llamada unidad de la culpa civil, en cuya virtud puede, el perjudicado, optar por la acción que le resulte más favorable, plantearlas de forma alternativa o subsidiaria o, incluso, limitarse a relatar los hechos para que el Juzgador aplique las normas que estime más adecuadas (119).

cfr. la sentencia del Tribunal de Piacenza de 8 de julio de 1994 (*BBTC*, 1995-II, p. 607) y, sobre todo, la orden del Tribunal de Cagliari de 28 de noviembre de 1995 (*ibid.*, 1997-II, pp. 354 y ss.), relativa a la responsabilidad de la banca frente al cliente por remisión de datos inexactos a la Central de Información de Riesgos.

(117) STS de 26 de septiembre de 1995, Ar. 6.676. También en el asunto resuelto por la S. AP Baleares de 13 de octubre de 1998 (*AC*, 1999, @ 528), se ejercitaba la acción de responsabilidad extracontractual como consecuencia de unos hechos similares.

(118) En este sentido, expresan las sentencias de 21 de abril de 1998 (Ar. 2.056), 31 de diciembre de 1997 (Ar. 9.493), 17 de junio de 1994 (Ar. 6.725) y las que allí se citan que “*Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible*”.

(119) Ahora bien, ¿qué ocurre si se ha optado por una acción en concreto y el Tribunal entiende que los hechos han de ser subsumidos en otro tipo de responsabilidad? Respecto a este problema, existen dos corrientes interpretativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la primera entiende que si se opta por una determinada clase de responsabilidad, la otra queda descartada. Expresiva de esta tendencia son las sentencias de 3 de mayo de 1999, 7 de abril de 1997 (Ar. 2.742) y de 11 de marzo de 1996 (Ar. 2.415) (con cita de jurisprudencia anterior): “*al tribunal de instancia le está vedado sustituir la acción ejercitada por otra distinta de la esgrimida, es decir, resolver la cuestión como situación de incumplimiento contractual, cuando lo que se postuló fue estado de culpa extracontractual*”. El juez debe, por tanto, atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda, sin poder cambiarla, incurriendo en incongruencia si lo hace. Frente a esta corriente, existe otra línea jurisprudencial minoritaria, de la que es ejemplo la sentencia del TS de 6 de junio de 1998 (Ar. 2.934), según la cual, aunque se califiquen los hechos de una manera, en virtud del principio *iura novit curia*, el tribunal no incurre en

Resulta evidente que en el marco de la compleja organización bancaria el banquero no realiza sólo sus tareas, por lo que el cliente consiente implícitamente que aquél comunique a sus dependientes o auxiliares los datos necesarios para la ejecución de sus labores, sin que esto represente una ruptura de su deber de discreción (120). Por otro lado, nuestro Código de Comercio autoriza al comisionista (y no olvidemos que en muchos de los contratos bancarios están presentes, en alguna medida, las notas del contrato de comisión) a emplear, bajo su responsabilidad, a sus dependientes en aquellas operaciones subalternas que, según la costumbre general del comercio, se confían a éstos (art. 261). Precisamente por ello, las violaciones del secreto bancario, cuando tienen lugar, se cometen más frecuentemente por empleados o auxiliares que por los órganos de la Banca, lo que nos da idea de la importancia práctica del problema.

Ahora bien, es necesario determinar los requisitos precisos para que la indiscreción cometida por el empleado de banca lleve aparejada la responsabilidad del banquero. En primer lugar es exigible una *relación de dependencia*. En general, no se plantearán problemas en la mayor parte de los casos, en los que existirá un vínculo laboral. No obstante, pueden presentarse algunos supuestos dudosos, como en el caso de colaboradores autónomos, por ejemplo, empresas encargadas de la gestión de las bases de datos del Banco (121); o de encargos efectuados a un tercer

incongruencia si declara la responsabilidad del demandado por una vía distinta a la ejercitada. Entendemos que esta segunda corriente, si bien es más acorde con la finalidad de resarcimiento de la víctima de la forma más completa posible que se encuentra en la base de la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades, sin embargo, podría conducir a una clara indefensión del demandado (en igual sentido *vid.* TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 289).

(120) El tema ha llegado a conocimiento de nuestro Tribunal Supremo, quien en la sentencia de 29 de octubre de 1997 (Ar. 7.343) concluía que no puede entenderse que sea constitutiva de una revelación, en el sentido del artículo 7.4 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, la inspección encomendada a dos empleados sobre las actividades ilícitas de otra empleada, “*pues la Caja demandada, como persona jurídica, actúa necesariamente por medio de personas físicas, y de ahí que no puedan esta ser consideradas como terceros, lo que conocen tales personas es como conocimiento de la propia Caja*”.

(121) Según se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia es habitual la celebración de contratos entre asociaciones de empresas, de un lado, y una o varias empresas dedicadas a la prestación de informes comerciales, de otro, en virtud de los cuales las segundas, además de facilitar los informes comerciales que las primeras les soliciten, se encargan de facilitar su servicio de recuperación de impagados y a *gestionar su registro de morosos* (Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de noviembre de 1997, Asunto A. 141/95, ASEFACOL; 23 de octubre de 1997, Asunto A. 121/95, Morosos tintas de imprimir; 29 de julio de 1997, Asunto A. 73/94, IMPORFOT; 24 de julio de 1997, Asunto A. 193/96, Bombas fluidos; 23 de marzo de 1997, Asunto A. 214/97, Morosos alquiladores de maquinarias; y de la misma fecha, Asunto A. 186/96, Morosos Constructores Urbanos de Gijón y A. 185/96, Morosos tuberías plásticas). En todos ellos se establece que el funcionamiento del registro es *responsabilidad de la asociación de empresas titular del registro*, quien responde del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley de Protección de Datos y

banco. Un sector de la doctrina propone acudir a la noción de *apariencia* para la resolución de los casos dudosos, es decir, aplicar el principio de que la responsabilidad bancaria surge si el público podía suponer que la persona con la que contrataba se encontraba bajo la dependencia del banquero (122). Pero este criterio no es suficiente para resolver todos los casos planteados, señaladamente, los supuestos en que la indiscreción se ha cometido por personas con las que el cliente no ha llegado a tener contacto. Otros autores aplican las normas sobre responsabilidad del mandatario en caso de delegación de funciones, solución que, sin embargo, deja fuera las hipótesis en las que no medie entre el cliente y el banco una relación de mandato o comisión (por ejemplo, el alquiler de una caja de seguridad) (123).

de la legislación sobre competencia adoptándose medidas de seguridad específicas. Por tanto, en caso de que una asociación bancaria encomendase a otra empresa la gestión de su registro de morosos, en aplicación de la jurisprudencia derivada de estas resoluciones, sería esta asociación bancaria responsable de las violaciones del secreto bancario que con motivo de la gestión del registro pudieran producirse. En igual sentido concluye HERRÁN ORTIZ, *op. cit.*, pp. 219-221, que en los casos en los que el tratamiento automatizado de los datos sea realizado por terceras personas, el titular del fichero siempre responde frente al afectado por el incumplimiento de las obligaciones que se prescriben por la LORTAD (esto es, el titular del fichero responde *siempre*, con independencia de que el tratamiento se realice materialmente por él o por un tercero a su cuenta). Ello no obsta, añade la citada autora, para que en aquellos supuestos en que sea posible individualizar la responsabilidad en otro sujeto interviniente, se pueda actuar solidariamente contra ambos, eso sí, sin excluir la responsabilidad del beneficiado por el tratamiento y a cuyo nombre se verifica, que en ningún caso quedaría liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de que pueda repetir contra el tercero causante del daño cuando él haya soportado las consecuencias de dicha actuación. También en este sentido, el artículo 12 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de normas reguladoras de la Protección de Datos de Carácter Personal, que regula el acceso de un tercero a los datos para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, dispone que “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado *también* responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiere incurrido personalmente”, de donde se deduce que el titular del fichero responde *siempre* de las actuaciones del tercero, y que en ocasiones a esta responsabilidad se añade la del propio tercero como si fuera igualmente responsable del tratamiento.

(122) El principio de la apariencia, efectivamente, es tenido en cuenta por nuestros tribunales; así, por ejemplo en la sentencia de la AP de Albacete de 8 de abril de 1998, en la que se enjuiciaban los siguientes hechos: el representante legal de una sociedad entrega al director de una sucursal bancaria la suma de 3.500.00 pesetas, sin que tuviera un reflejo contable ni posteriormente constancia de su destino. La banca demandada sostenía que se trataba de un negocio privado entre la actora y su apoderado. La Audiencia confirmó la sentencia condenatoria del Tribunal de instancia, por cuanto que la entrega se había realizado en una oficina de la entidad bancaria, la operación se había formalizado en un impreso del banco, y el documento aparecía firmado por persona que en aquellos momentos actuaba en nombre de aquél. En consecuencia, el banco debía responder “de la actuación de las personas que trabajan por su cuenta y que, con la apariencia de un factor mercantil, se hallan autorizadas para realizar operaciones que le vinculan”.

(123) Las AGB-Banken establecen el siguiente sistema: en primer lugar, en su número 3.1, se sienta el principio general según el cual “en el cumplimiento de sus obligaciones, el

En segundo lugar, es necesario que el hecho causante del perjuicio lo haya cometido el dependiente *en el ejercicio de sus funciones*. Esta expresión plantea inmediatamente varios interrogantes: el primero de ellos, el de qué ocurre con las indiscreciones efectuadas fuera del horario laboral o fuera del lugar de trabajo; en segundo lugar, la responsabilidad del empresario, ¿surge también en los casos en que el empleado haya actuado extralimitándose de sus funciones o incluso contra las órdenes expresas de éste?; por último, ¿qué ocurre si un empleado que ya no trabaja en el Banco revela datos conocidos cuando todavía prestaba sus servicios en éste?

En general puede afirmarse que el dato esencial en materia de secreto bancario es el de que el empleado *haya podido tener conocimiento de los datos confidenciales gracias a las funciones desempeñadas en el banco*. Este criterio se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo que niega que las extralimitaciones laborales puedan servir de causa de exoneración de responsabilidad del empresario, en virtud, precisamente, del principio de creación de riesgo. El riesgo, en el caso del secreto bancario, no es otro que el de *permitir al empleado la entrada en la esfera secreta del cliente*. En consecuencia, para apreciar la responsabilidad del banquero no es necesario que la revelación se haya cometido dentro de la jornada laboral o del lugar de trabajo. Tampoco puede servir de causa de exoneración del empresario el que el empleado haya accedido a los datos confidenciales extralimitándose de sus funciones (por ejemplo, inspeccionando los libros contables u otros documentos o escuchando una conversación ajena). No obstante, la doctrina coincide en introducir una matización: la Banca no incurre en responsabilidad cuando a pesar de haber tomado unas medidas cautelares especiales para proteger la confidencialidad de determinadas noticias (los ejemplos clásicos son los de guardar bajo llave los documentos confiden-

banco responderá por *cada acto culposo* de sus empleados y las demás personas a las cuales recurra para el cumplimiento de sus obligaciones". Entre este personal auxiliar, aclara la doctrina que se incluyen los colaboradores independientes que el banco utiliza para el cumplimiento de sus deberes frente al cliente. Estos colaboradores independientes pueden ser centros de cálculo, servicios de mensajería, etc. (EINSTHALER, cit., p. 1726). De forma distinta son tratados los supuestos de encargos efectuados por el banco a un tercero, de los que se ocupa el apartado siguiente. De este modo, si un banco efectúa, por orden de un cliente, un encargo a un tercero, su responsabilidad se limita a la selección en instrucción diligente del tercero. La propia norma se encarga de ejemplificar los supuestos en los que es aplicable: *solicitud de informes bancarios* de otros institutos bancarios, o custodia y administración de títulos valores en el extranjero. El problema radica en que esta responsabilidad limitada sólo es posible "cuando la orden se haya efectuado típicamente, según su contenido", lo que da lugar a un problema de seguridad jurídica, puesto que el cliente no puede estar seguro de cuándo "el encargo se ha efectuado, según su contenido, típicamente", y, consiguientemente, qué tipo de responsabilidad contrae el banco ordenante.

ciales, o mantener la conversación en una habitación cerrada), el empleado accede a los referidos datos (rompiendo la cerradura o robando la llave, introduciendo una grabadora en la habitación, actuaciones que por sí mismas pueden ser constitutivas de delito) porque entonces se entiende que el auxiliar no actúa en el ejercicio de sus funciones, sino completamente al margen de éstas.

En el caso de que una entidad de crédito haya revelado indebidamente datos confidenciales de un cliente que caen bajo la órbita del secreto bancario, el “dueño del secreto” tiene, sólo en la vía civil, varias posibilidades de reclamación:

— En primer lugar le corresponde una acción para *reclamar los daños y perjuicios* sufridos por la revelación. Como es fácil imaginar, las auténticas dificultades para que prospere una acción de reclamación de daños y perjuicios por violación del secreto bancario se dan en el terreno probatorio. Efectivamente, el demandante habrá de probar los siguientes extremos: 1) Que la entidad financiera ha revelado datos y que éstos eran confidenciales, esto es, cubiertos por el secreto bancario, extremo hartamente difícil si tenemos en cuenta que la mayoría de las posibles revelaciones se producen en el marco de conversaciones orales, muchas veces telefónicas; 2) la existencia de un daño resarcible provocado por tal revelación (por ejemplo, la pérdida de un empleo, la denegación de créditos necesarios para la explotación de la empresa, pérdida de clientes y de expectativas de ganancia, pérdida del buen nombre comercial, etc.). No es suficiente alegar unos hechos susceptibles de producir daños, es necesario concretarlos en el escrito de demanda. Sólo puede dejarse para ejecución de sentencia la determinación de la cuantía del daño y su correspondiente indemnización, pero nunca la prueba de su existencia (124), y 3) la

(124) Cfr., en este sentido, y aplicadas al concreto supuesto de violaciones del secreto bancario, la STS de 26 de septiembre de 1995 (Ar. 6.676) y S. AP de las Palmas de Gran Canaria de 26 de noviembre de 1997 (Colex 97CP1493). En este punto resulta especialmente interesante la sentencia del Tribunal de Piacenza de 8 de julio de 1994 (BBTC, 1995-II, pp. 607 y ss.), por cuanto en ella se viene a establecer que cuando el daño, a pesar de la revelación, se hubiera producido de todas maneras, la banca no está obligada al resarcimiento. En el caso, en el marco de un procedimiento penal por bancarrota, el perito nombrado de oficio por la autoridad judicial para reconstruir la contabilidad del quebrado, solicita al banco de éste información sobre un cheque librado a su favor. El banco accede a dar esa información siendo posteriormente demandado por el quebrado-cliente del banco en reclamación de daños y perjuicios derivados de la violación del secreto bancario. Dejando a un lado la problemática competencial planteada en el caso (el demandante alegaba que la autoridad judicial era la única competente para el examen de todos los documentos bancarios), destaca el razonamiento del Tribunal, que considera que el correntista no habría podido ser lesionado por el comportamiento de la banca dado que ésta se había limitado a proporcionar al perito una información que tenía como única finalidad confirmar unos datos que este ya tenía en su poder. El resul-

relación de causalidad entre ambos (125). En ocasiones se ha argumentado en favor de una inversión de la carga probatoria, haciendo recaer sobre el banco bien la carga de demostrar que, probada la revelación, fue otra la causa que produjo el daño, eximiendo así al demandante de la prueba de la relación de causalidad entre la revelación y el daño (126), o bien la de establecer la presunción de que la información revelada era confidencial, debiendo entonces el banco demostrar que las comunicaciones se han efectuado con la reserva y objetividad impuesta por las condiciones y según las reglas en uso en la profesión (127). En realidad, no

tado al que se habría llegado de no facilitar tales informaciones, hubiera sido el mismo. Lo que no implica dejar fuera de la cobertura del secreto bancario todas las solicitudes de información que tengan por objeto la comprobación de determinadas noticias de cuya veracidad el solicitante no esté seguro. De este modo afirma SICHTERMANN (*op. cit.*, p. 17) existe relación de causalidad entre la revelación por el banco y los daños ocasionados al cliente aun cuando el destinatario de la comunicación hubiera podido acceder a la información por otra vía —acudiendo, por ejemplo, a una agencia de detectives—.

(125) Entiende SICHTERMAN, *op. cit.*, p. 180, nota 26, a nuestro juicio acertadamente, que la relación de causalidad entre la revelación por el banco y los daños ocasionados al cliente subsiste aún cuando el destinatario de la información hubiera podido acceder a ella por otra vía, por ejemplo, a través de una oficina de detectives. En cambio AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 34, nota 126, consideran criticable la postura de quienes defienden la falta de responsabilidad del banquero por violación del secreto bancario cuando un cliente sufra un daño después de haber evadido impuestos, y ello por falta de causalidad adecuada. Para estos autores, la actitud del cliente que contraviene las prescripciones de control de cambios o fiscales asumiendo “un cierto riesgo” sólo puede dar lugar a una minoración de la reparación a la que estaría obligado el banco. En la práctica, y en virtud de las obligaciones de denuncia a cargo del banquero como ciudadano en general, y las específicas derivadas de múltiples disposiciones (deberes de colaboración fiscal fijados en la Ley General Tributaria, deberes de comunicación establecidos en la legislación sobre blanqueo de capitales, responsabilidades en relación al pago del impuesto de sucesiones a cargo de los herederos sobre el efectivo o valores en depósito del causante [artículo 8.a) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de 18 de diciembre de 1987 y 19.a) de su Reglamento, etc.] será extraordinariamente extraño que la revelación de hechos constitutivos de un delito o falta no esté amparado por la excepción de cumplimiento de un deber. Se trata de una cláusula de exoneración de antijuridicidad, que excluye tanto la responsabilidad penal como la civil (cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, cit., pp. 89 y ss.).

(126) Cfr. GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, p. 101, quien trata de justificar la inversión de la carga de la prueba sobre la relación de causalidad entre la revelación y el daño, a semejanza de lo que sucede en otras actividades profesionales, atendiendo al carácter más o menos opaco e impenetrable de la actividad.

(127) En este punto es cita común entre los tratadistas franceses la sentencia de la Cour de París de 6 de febrero de 1975, que conocía de los siguientes hechos: un cliente abre una cuenta en una entidad de crédito, concediéndosele un crédito de descuento de hasta 30.000 francos. Alegando unos incidentes en el pago de cheques, el banco suprime tal crédito de descuento, tras lo cual el cliente cierra la cuenta. Con posterioridad a estos hechos, el banco proporciona unos informes muy desfavorables sobre ese cliente, aunque luego se demuestra que el límite del descubierto sólo se había sobrepasado muy ligeramente. El cliente interpone una demanda por violación del secreto bancario reclamando indemnización por pérdida de un mercado que estaba a punto de conseguir, pérdida de obtención de facilidades de pago que eran necesarias para la explotación de la empresa y pérdida del beneficio del descubierto en otros

es frecuente la inversión de la carga de la prueba frente a entidades financieras, y menos aún en el caso de conductas que presuntamente atentan contra el deber de discreción del banquero. Así ocurrió, por ejemplo, en la STS de 26 de septiembre de 1995 (Ar. 6.676). En el supuesto contemplado, el demandante había perdido dos oportunidades específicas de empleo por figurar inscrito en un registro de morosos a instancias de la entidad de crédito, aunque la deuda que originó la inscripción ya había sido saldada. El Alto Tribunal no consideró probado el nexo de causalidad porque, en relación con la primera solicitud de empleo, a pesar de quedar demostrado que la mención en el registro fue la causa determinante de que no se diera el trabajo al demandante, estimó en la conducta de éste una total pasividad, pues en lugar de demostrar que el contencioso con el Banco quedó saldado hacía años (prueba que era muy fácil atendiendo a los documentos que tenía en su poder y que luego aportó al pleito), se conformó con su negativa por estar inscrito como moroso, por lo que no podía racionalmente atribuirse al banco la responsabilidad de lo ocurrido. El mismo razonamiento es aplicado a la segunda oportunidad de empleo, en la que demás, la mención en el registro de morosos no fue determinante. Parece ser, pues, que para que prospere una acción de responsabilidad frente al Banco es requisito, para nuestro Tribunal Supremo, que el presunto perjudicado por la inclusión en el fichero haya intentado por todos los medios su baja en el mismo, lo que implicará, por ejemplo, intentar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en los términos establecidos en la ley, o, al menos, haber tratado de demostrar directamente al concedente de un crédito, al empleador... que los datos que obran en el fichero son falsos, siempre que se tenga al alcance la posibilidad de probar tales extremos.

— En segundo lugar, y teniendo en cuenta que toda lesión del secreto bancario representa, al propio tiempo, una violación del derecho a la intimidad, a la víctima de una violación del secreto bancario, le corres-

bancos. La sentencia parte de la idea de que los informes comerciales constituyen un uso que deroga el secreto bancario, haciendo recaer sobre el banquero a quien se exige responsabilidad la carga de justificar los motivos que le han llevado a comunicar a terceros informes sobre la situación comercial y financiera de su cliente y a establecer que esta comunicación se ha efectuado con la reserva y objetividad que se imponían y en las condiciones y según las reglas en uso en la profesión. Aunque la solución dada por el Tribunal al caso concreto ha sido acogida favorablemente (condena de la entidad bancaria), no han corrido la misma suerte sus razonamientos sobre la carga de la prueba, considerándose que, en aplicación del principio general de *actor incombil probatio* el demandante debe probar el carácter confidencial del informe. Lo contrario equivaldría a establecer una presunción *iuris tantum* de confidencialidad de los datos revelados a favor del demandante (cfr. VÉZIAN, *op. cit.*, p. 248, y CABRILLAC-RIVES LANGUE, *RTD com.*, 1975, pp. 345-6).

ponderarán, además, *las acciones derivadas de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

— Por último y sólo en aquellos casos en los que el deber de secreto revista una especial importancia para el cliente, puede pensarse en un eventual *derecho a pedir la resolución del contrato* ex artículo 1.124 del Código civil. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que nuestra jurisprudencia aplica con bastante rigor el requisito de que el incumplimiento que da derecho a la resolución pueda ser calificado de grave.

Además de dar lugar a responsabilidad civil, la violación del secreto bancario puede determinar la aparición de otro tipo de responsabilidades, como la **administrativa**. Ahora bien, en el catálogo de conductas sancionables establecido en la Ley 28/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, norma en la que se contiene el mayor número de supuestos generadores de responsabilidad administrativa de los establecimientos bancarios, no se encuentra tipificada ninguna actuación que *a priori* pudiera encajar en cualquiera de las posibles modalidades de violación del secreto bancario. Y ello es lógico si tenemos en cuenta que el propósito de la ley en materia sancionadora es limitar o prohibir las prácticas y operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez y reforzar los recursos propios, es decir, se aborda una problemática diferente a nuestro objeto de estudio. Las sanciones administrativas que pueden llevar aparejadas determinadas formas de violación del secreto bancario se encuentran dispersas en otras leyes, fundamentalmente en la Ley del Mercado de Valores, la de Defensa de la Competencia y la de Protección de Datos Personales.

El artículo 199 del Código Penal tipifica por primera vez en nuestra **legislación penal** la revelación de secretos laborales (apartado primero)—y profesionales (apartado segundo). Efectivamente, dispone el citado precepto que: *1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.*

Mientras que no cabe duda de que el empleado de banca, sujeto a una relación laboral, es posible sujeto activo del 199.1, en cambio, plantea mayores dudas la posible inclusión del banquero en el delito previsto en el apartado segundo, por las ya apuntadas reticencias a considerar el secreto bancario como un secreto profesional. En efecto, puede com-

probarse cómo el Código emplea en este un punto un sistema de cláusula general, en el que no se delimita qué profesionales pueden incurrir en el delito tipificado. Con todo, la doctrina penalista suele ser favorable a la inclusión del banquero en el ámbito del artículo 199.2 (128).

Se trata de un delito no susceptible de comisión dolosa, puesto que el artículo 12 del Código Penal establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley, cosa que no sucede respecto a la revelación de secretos. Por tanto, las violaciones del secreto bancario cometidas por negligencia sólo pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades civiles. Hay que observar, además, que el delito tipificado en el artículo 199, no precisa la concurrencia de daño. Eso sí, los hechos revelados deben ser secretos, por lo que quedarían excluidos del delito las informaciones emitidas con el consentimiento o por orden del cliente, los datos de dominio público, etc. Se trata de circunstancias que excluyen la antijuridicidad. Entre ellas habría que incluir, además, las relativas al cumplimiento de un deber (por ejemplo, el de testificar en causas legales, la comunicación de los datos exigibles en virtud de la legislación sobre blanqueo de capitales, etc.) y al ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.1 del Código Penal).

Con todo, conviene tener en cuenta que, dado que la obligación de reserva o sigilo del banquero no presenta unos contornos claramente definidos en nuestro país (sirvan, para ilustrar este punto, las discrepancias doctrinales sobre el problema de las informaciones interbancarias) resultará muy improbable la imposición de una sanción penal, la más grave del ordenamiento, que incluye una pena privativa de libertad, salvo en supuestos de extrema gravedad.

Finalmente, hemos de referirnos a algunas **consecuencias laborales** que pueden llevar aparejadas determinadas violaciones del secreto bancario. Efectivamente, como hemos visto, el deber de respetar el secreto de los

(128) En este sentido, MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 331; BAJO FERNÁNDEZ, "El secreto profesional en el proyecto de Código Penal", *ADP*, 1980 a quien se remite MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 11.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal*, dir. por RODRÍGUEZ MOURULLO, Civitas, Madrid, 1997, p. 586, y JORGE BARREIRO, Alberto, "El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)", *La Ley*, 1996-3. Estos últimos autores precisan el alcance de la STC 110/1984, matizando que la tesis contenida en dicha sentencia no quiere decir que los profesionales de la banca no se encuentren obligados a cumplir con el deber de sigilo y de reserva sobre los datos atinentes a la intimidad de sus clientes y que conozcan en el ejercicio de su profesión, pues "una cosa es que un profesional no esté exento de testificar en un proceso sobre los datos íntimos que un cliente le confió, y otra muy distinta que esté facultado para revelar esos datos a un tercero cuando no concurra una causa legal que lo fundamente". También existen mercantilistas que consideran aplicable a la infracción de las obligaciones dimanantes del secreto bancario la acción contenida en el artículo 199 del Código Penal (así, GALÁN CORONA, "Recensión a «El secreto bancario y sus límites legales»", *RGD*, 1998, pp. 15431-15433).

datos adquiridos en el ejercicio de la actividad bancaria alcanza tanto a los administradores como a los dependientes de la Banca. Al empleado que haya facilitado los datos cubiertos por el secreto bancario le serán de aplicación no sólo la obligación de resarcir el daño causado o, en casos extremos, el delito previsto en el artículo 199 del Código Penal, sino también las consecuencias previstas por el Derecho Laboral (129). De este modo, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 58.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, *“los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”*. Y si acudimos a los Convenios Colectivos de ámbito nacional aplicables al sector de las Entidades de Crédito, puede comprobarse cómo en muchos casos se tipifican, dentro de las enumeraciones de hechos constitutivos de falta, las conductas constitutivas de violación del secreto bancario (130).

(129) *Vid.*, al respecto GUILLÉN FERRER, *op. cit.*, pp. 97-98; SCHWINTOWSKY-SCHÄFER, *op. cit.*, p. 62; AUBERT-KERNEN-SCHÖNLE, *op. cit.*, p. 11, y FARHAT, *Le secret bancaire. Étude de Droit Comparé*, cit., pp. 152-154. Sin embargo, la mayoría de los autores se olvidan de este aspecto de la responsabilidad de los dependientes, así, por ejemplo, VIGO, *op. cit.*, p. 35.

(130) De este modo, en el artículo 50 del **XVIII Convenio Colectivo de ámbito estatal para la Banca privada** se considera como falta muy grave, en el apartado cuarto, el quebranto o violación de secretos de obligada reserva. Mayor precisión en la catalogación de las faltas se aprecia en el **Convenio Colectivo de Trabajo para las Cajas de Ahorros**. En efecto, el artículo 79 califica de falta leve, en su apartado 2.3, las indiscreciones no dañosas; en el apartado 3.4 se considera como falta grave a las de negligencia o descuido (e incuestionablemente una violación del secreto bancario puede ser fruto de esa negligencia o descuido) cuando originan perjuicios irreparables para los intereses de la Entidad o den lugar a protestas o reclamaciones del público o pérdida de clientes, siempre que estén justificadas, y se compruebe que se deben a falta cometida realmente por el inculpaado y, finalmente, el apartado 4.12 considera falta muy grave la violación del secreto profesional. Asimismo, en el **Convenio Colectivo de “Caja Postal, S.A.”**, el artículo 29.7 establece que tendrá la consideración de falta grave la violación del secreto profesional, salvo que por las circunstancias concurrentes pudiera ser calificado con mayor gravedad. La violación del secreto profesional tendrá consideración de falta muy grave atendiendo a las circunstancias concurrentes, las posibles repercusiones o la trascendencia de la conducta (art. 30.2). Finalmente, el **Convenio Interprovincial de Trabajo del Banco Hipotecario de España** para el trienio 96-98 tipifica como falta leve la negligencia en el trabajo siempre que no cause perjuicio grave al banco o la falta de imparcialidad en el despacho de los asuntos siempre que no constituya responsabilidad más grave (art. 62.2); como falta grave la violación del secreto profesional siempre que no exista ánimo de lucro ni se causen perjuicios irreparables al banco, compañeros o terceros (art. 63.10); y como faltas muy graves, entre otras, la violación del secreto profesional cuando cause perjuicios irreparables al banco compañeros o terceros, o se realizasen con ánimo de lucro (64.2) así como la emisión de informes o dictámenes manifiestamente improcedentes o inexactos en las cuestiones que se encomiendan al informante, en relación con operaciones del banco, siempre que medie ignorancia inexcusable o intención dolosa (64.7).

DE LA SEGURIDAD JURÍDICA A LA GARANTÍA ECONÓMICA

CARLOS MARÍN CALERO

Notario

SUMARIO: **I.** LA SEGURIDAD EN EL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO. **1.** Justicia y Derecho. **2.** Seguridad Jurídica y Derecho. **3.** La seguridad jurídica en los contratos. **II.** LA GARANTÍA ECONÓMICA DE LAS ACTUACIONES JURÍDICAS. **III.** SUPUESTOS GARANTIZADOS Y SUPUESTOS FUERA DE GARANTÍA. DATOS Y CIRCUNSTANCIAS BAJO CONTROL NOTARIAL. **IV.** ACTOS Y CONTRATOS NO SUSCEPTIBLES DE GARANTÍA. **1.** Eficacia *inter partes* y *erga omnes* del documento público. Limitación del sistema de garantías a los documentos válidos. **2.** Extensión de la garantía a documentos no contractuales. **V.** OBLIGATORIEDAD DE LA PRESTACIÓN DE LA GARANTÍA. **VI.** JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA. **VII.** EL EJERCICIO DEFENSIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. **VIII.** DIFERENCIAS Y DISTANCIA CON EL SISTEMA INMOBILIARIO ANGLOSAJÓN. **IX.** COSTE DEL SISTEMA DE GARANTÍAS. ESTABLECIMIENTO DE UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. **X.** EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS AL CONJUNTO DEL SISTEMA NOTARIAL-REGISTRAL. **XI.** INTEGRACIÓN DE LA FUNCIÓN NOTARIAL CON OTROS SERVICIOS Y REGISTROS PÚBLICOS. **XII.** FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS. **1.** Destinatarios de la garantía. **2.** Valoración de los daños. Intervención de un arbitraje. **3.** Supuesto especial de la denegación de inscripción del documento notarial

en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil. 4. Fijación de una cuantía máxima a indemnizar. 5. Duración de la garantía. 6. Pérdida de la garantía. **XIII. CONCLUSIONES FINALES.**

I. La seguridad en el funcionamiento del Derecho

La búsqueda de la seguridad es una de las señas de identidad de nuestra Sociedad. En el transporte, en los alimentos, en las telecomunicaciones, en la tenencia y uso de los bienes de consumo, en la construcción, en las operaciones quirúrgicas, etcétera.

Además de la actividad específica de las compañías de seguros, que cada vez extienden sus contratos a aspectos más variados e inesperados de la vida, se ha impuesto socialmente la obligación, unas veces legal y otras veces comercial, de garantizar el buen funcionamiento y la adecuada duración de los bienes de consumo y de ciertos servicios. Incluso en materias que se definen como de riesgo, como la inversión bursátil y las actividades especulativas, se pretende cada vez más, en la medida de lo posible, anticipar, predecir y garantizar el futuro, al menos una parte de ese futuro.

Evidentemente, los ciudadanos también desean obtener la debida seguridad en el funcionamiento de las leyes, en las resoluciones judiciales y en otras manifestaciones jurídicas.

A este respecto, la solución clásica radica en el llamado Principio de la Seguridad Jurídica, que, brevemente, podemos describir como aquel rasgo del Derecho según el cual los ciudadanos pueden conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas que van a tener sus actos; es decir, que el Derecho tendrá para ellos unas consecuencias y unos resultados predecibles y seguros.

Sin embargo, quizá no sea esa la respuesta que la Sociedad esté esperando y deseando, a tal respecto, ni tampoco la que verdaderamente necesite.

A veces se habla de la Seguridad Jurídica conjuntamente y en el mismo sentido en que se hace de la Justicia, la Equidad y otros grandes conceptos o ideas que también orbitan al Derecho, es decir, como ideales bastante utópicos, cuyo incumplimiento en la práctica casi se da por supuesto.

Sin embargo, la Seguridad Jurídica no debería ser algo tan opinable e inaprensible como la Justicia.

1. Justicia y Derecho.

La Justicia puede y debe ser un ideal y un objetivo último, un horizonte hacia el que avanzar y una guía en el camino; pero no es un dato real, cuya presencia y participación en el Derecho pueda ser objetivamente constatada ni, menos aún, medida.

Sea cual sea el concepto que tengamos de la Justicia, incluso limitándonos a los vagos sentimientos subjetivos de cada cual sobre lo que es justo y lo que no lo es, es claro que todos los productos del Derecho se supone que pretenden ser justos, tanto en la fase de creación (actividad legislativa), como en el momento de su ejecución o aplicación (resoluciones judiciales y administrativas). Las expresiones “no es justo” y “no hay derecho” se utilizan como sinónimas.

Pero, si pensamos en la tarea del legislador, veremos que hay tantas soluciones teóricamente justas como proposiciones, proyectos o propuestas de ley, incluso tantas como “enmiendas” se presenten a los textos jurídicos en formación. Sin embargo, ninguna forma hay de medir verdaderamente el mayor o menor grado de Justicia que haya en cada una de las opiniones que respaldan las diferentes propuestas. Por eso, la solución es y sólo puede ser política; el convenio que el sistema político democrático en que vivimos impone es el de que prevalezca la proposición legal mayoritariamente respaldada, en el seno del órgano legislativo competente. (Me estoy refiriendo, por supuesto, al momento actual de nuestra Historia; en otros tiempos, el fundamento último de la Justicia era otro, pero no menores los problemas).

No importa ni perjudica al sistema el que opiniones contradictorias –sobre lo que es o deja de ser justo– se puedan ir sucediendo y plasmando en leyes que se derogan unas a otras; todas serán justas, en su momento; tan justas como la Sociedad puede hacerlas. Tampoco es relevante el que goce en su nacimiento de un respaldo mayor o menor, aun en el infrecuente caso de que una ley sea aprobada por la unanimidad de los legisladores, no estará ni más cerca ni más lejos que cualquier otra respecto de la Justicia, ni tendrá por ello garantizada su permanencia en el tiempo.

Todavía más problemática se vuelve la cuestión cuando lo que analizamos es el grado de Justicia que puedan incluir las resoluciones judiciales y administrativas. Las primeras de esas dos incluso se encuentran en el ámbito de lo que, con mayúsculas, se denomina Administración de Justicia o simplemente “la Justicia”.

Sin embargo, en el caso de las resoluciones judiciales, no es ya que sólo podamos tener opiniones subjetivas sobre lo que es la solución justa, como en el caso del poder legislativo, es que además el número de órganos decisorios es numerosísimo, mucho mayor que el de Parlamentos o

de Gobiernos, y no disponemos de un criterio, al menos tan simple e inequívoco como el de las votaciones mayoritarias, para decidir.

A primera vista, el sistema parece, sin embargo, claro y sencillo: los jueces se limitan a llevar a la práctica el Derecho previamente dictado por el legislador; aplican la abstracta (y justa) ley al caso concreto, proporcionando así la solución (justa) al conflicto.

En la realidad, no siempre es así ya que, a menudo, la actuación de los jueces está dotada de una gran autonomía. Si atendemos al contenido de esas resoluciones judiciales, resulta que, unas veces, las leyes no deben ser aplicadas a un caso dado, porque se afirma que concurren circunstancias excepcionales, por supuesto no previstas en la ley, que lo impiden; otras, el asunto debatido debe soportar el peso de una ley que no se refiere a él, pero que se estima que debe ser tratado igual a otro que sí que está contemplado. Las palabras de la ley significan cosas distintas, según el caso discutido o según el tiempo transcurrido desde que se escribieron. Hay leyes que están vigentes, pero cuyas normas resulta que no valen, porque ocurre que se estiman contradictorias con otras de rango superior. La propia situación de vigencia o derogación de las leyes es enérgicamente debatida. A veces, sencillamente, el juez se declara desligado de las normas legales, por la mucho más imperiosa necesidad de someterse a los dictados de la Justicia (siempre con mayúsculas), que también llamará "Justicia Material".

La resolución judicial (y, por mimetismo y deseo de emulación de lo que se considera un modelo, también la resolución administrativa) se convierte así, a veces, en simple y pura opinión, pareciendo no tener más límites (que tampoco respeta siempre) que la coherencia en el lenguaje; lo que se llama "la lógica" —o "lo lógico"— de las cosas.

Sin que tal devenir, en la intención de los jueces, suponga renunciar a conseguir la solución justa; más bien al contrario. Para muchos, esta forma de operar es la que mejor puede propiciar el advenimiento de esa "Justicia Material", dado que consideran que ésta necesita ser siempre "construida" en torno al caso concreto.

Dado que parece fácil anticipar que esta forma de actuar no tenga por qué ser pacíficamente aceptada por los llamados justiciables, sobre todo por aquellos cuya pretensión no resulta acogida en la sentencia, inmediatamente se dota el sistema de la cautela por la cual toda resolución judicial —y administrativa— es revisable, ante un conjunto de órganos superiores, en relación jerárquica, en el que el superior puede contradecir al inferior y cambiar por otra la decisión previa. Las posibilidades de recurso no son infinitas, pero sí muy amplias, sin que sea fácil decir con precisión cuándo se ha llegado al final.

En teoría, las resoluciones de esas diversas instancias son todas justas,

porque todas se limitan a aplicar la ley, pero, también en teoría, no es posible que dos resoluciones contradictorias sean ambas correctas. Si se pretendiera una valoración objetiva, ciertamente, no habría forma de saber si una determinada solución es la más justa o si la solución dada (impuesta) por el órgano superior es más justa que la del inferior; aunque tampoco lo contrario. Quizá no lo sea ninguna de ellas.

Ahora bien, desde el momento en que socialmente se admita que los conflictos no se resuelvan (siempre) por la aplicación directa (mecánica, dirán algunos) de la ley, en la medida en que se considere preferible a la propia ley el criterio de la persona que es el juez, lo importante terminará por ser el grado de aceptabilidad social de ese criterio personal.

Pues bien, yo creo que la Historia demuestra que la Sociedad verdaderamente ha aceptado –consciente o inconscientemente– esa preferencia (en algunos casos y en algunas materias) del juez sobre la ley o que, al menos, lo tolera.

De ahí la importancia práctica de que los criterios de los jueces sean razonables y sensatos, con los cambiantes criterios de sensatez y razonabilidad predominantes, en cada momento, en la Sociedad.

Hay que reconocer que el juez (del mismo modo que el funcionario encargado de resolver los expedientes administrativos) es un profesional debidamente instruido por medio de largos estudios especializados, curtido por una creciente experiencia y cuyo sentido de la Justicia no tiene por qué ser estrafalario. La propia organización judicial, en su conjunto, es de suponer que velará por atraer a su seno a personas sensatas y equilibradas y por reconducir a aquellos de sus miembros que se aparten del patrón que se tiene por socialmente aceptable.

En todo caso, del mismo modo en que cabe suponer, a priori, que quien mejor sabe sanar es el médico, parece razonable presuponer también que el juez es el profesional más preparado para resolver un conflicto jurídico. (En otros tiempos históricos y en otros modelos judiciales –modelo anglosajón– el criterio predominante en la Sociedad no ha sido el de confiar la administración de la Justicia a los profesionales sino a personas legas, elegidas por los ciudadanos; es otra opción, pero no es la nuestra actual).

De esta manera, las resoluciones judiciales y las administrativas serán muy justas o poco justas o, simplemente, tan justas como la Sociedad quiera o necesite que sean; pero, en todo caso, la que sin duda queda maltrecha con esta forma de actuar es la Seguridad Jurídica. El Derecho injusto puede ser percibido, según por quién, como justo, pero el Derecho inseguro, aunque pueda ser aceptable y sea efectivamente aceptado por la Sociedad, no se convierte en seguro.

2. Seguridad Jurídica y Derecho.

La simple posibilidad de que algunas decisiones judiciales se produzcan al margen de la ley, hace que no se pueda predecir el resultado del pleito. No hablo de la predicción del resultado por parte de los sujetos implicados, que pueden carecer de conocimientos jurídicos y cuyo sentido de la Justicia puede estar condicionado por sus particulares intereses. Digo que no pueden predecir o anticipar la resolución judicial los también profesionales jurídicos que asisten a las partes: sus abogados. (Como el juez de instancia no podrá tampoco predecir el sentido de la decisión del tribunal de apelación).

Yo sé que, desde el punto de vista teórico, el problema no es el de aplicar o no aplicar la ley. Sé que en nuestro sistema de “fuentes” jurídicas no se incluye a la jurisprudencia (menos aún a las resoluciones administrativas). Sé que ninguna sentencia dirá nunca que no aplica la ley o que la ignora; afirmará o dará por sobreentendido que lo que se hace con la ley es “interpretarla”; extenderla o limitarla, para así mejor adaptarla al caso concreto sometido a ella; completarla e iluminar sus obscuridades, para así extraer sus “verdaderas” consecuencias. Como mucho, dirá que lo que hace es únicamente suplir las omisiones de la ley, pero, aun en tal caso, sólo en base al “espíritu” de esa misma ley o, de modo más amplio, al “espíritu general” de todas las leyes, los llamados Principios Generales del Derecho; y que, al hacerlo únicamente están respetando el inequívoco mandato del artículo 1 del Código civil.

En ocasiones es la propia ley la que permite o incluso obliga a los jueces a resolver con arreglo a su propio criterio. No se trata, pues, siempre –aunque muchas veces sí– de que los jueces se extralimiten en sus competencias, sino que es un problema estructural, propio de toda una forma de entender el Derecho.

Pero, lo cierto es que el problema sigue siendo exactamente el mismo: que, cuando una decisión jurídica no aplica directamente la ley, se deba ello a una u otra razón, el resultado es impredecible. Da igual el motivo por el que tal cosa se haga; no importa la intención, mejor o peor, como no importa que la manipulación de la ley sea necesaria, por existir una “laguna”, o simplemente conveniente, por su falta de “adecuación” al caso concreto.

Lo que dota de seguridad a la ley no es tanto su acierto en la solución de los problemas de que se ocupa como su condición de ser un texto objetivo, que además está publicado y puede ser conocido por todos. Por el contrario, la “norma” contenida en la resolución judicial podría ser una buena ley, incluso mucho más justa que la ley que no aplica, pero, en todo caso, sería una ley desconocida, formulada *ex post facto*,

después incluso de concluido el proceso, y publicada con el fallo que le pone fin.

Podría decirse que, al menos, ya será una norma conocida para el futuro, para sucesivos casos que sean parecidos. Pero ni siquiera eso es verdad, porque las nuevas y futuras resoluciones judiciales volverán a interpretar, extender, restringir y hasta derogar tales “normas jurisprudenciales”, por las mismas razones que lo hacen con las normas legales, quizá con menos escrúpulos aún.

Toda esta forma de actuar, no es, sin embargo, exclusiva de los jueces, sino que, con sus matices específicos, la podremos encontrar también en cualquier otra actividad humana basada en opiniones, por supuesto. El Derecho no es el único ámbito en que se desenvuelven los argumentos especulativos. Lo mismo ocurre con los estudios sociológicos, con una gran parte del contenido de los libros de Historia, con los análisis políticos, con los juicios críticos sobre las manifestaciones artísticas, incluso con las llamadas ciencias exactas, como la física, cuando no se dispone de todos los datos y se empieza anticipando hipótesis de trabajo.

Se trata, pues, de algo común y cotidiano, pero ello no hace menos desagradable la incertidumbre que se genera, sobre todo cuando lo que se busca es precisamente lo contrario: la seguridad. Sin embargo, no es siempre igual la repercusión que para las personas tienen esas distintas y frecuentes incertidumbres que encuentran a lo largo de su vida. Por ejemplo, no es desde luego comparable la frustración de quien no puede compartir la opinión editorial o la forma de contar un determinado suceso, que lee en su periódico habitual, con la que le produce el no poder arrancar su coche nuevo o el que el estampado de su camisa se pierda al primer lavado, o que el dinero que prestó no le deba ser devuelto, porque así lo decida un juez o quien sea.

Pero, al contrario de la opinión negativa que va implícita en los comentarios que preceden y habida cuenta de que el Derecho es un producto humano que funciona más o menos de igual manera desde hace al menos tres o cuatro mil años, podría pensarse que su carácter impredecible y discutible no puede ser que sea, en el fondo, demasiado molesto para la Sociedad.

En el ámbito sancionador (singularmente el Derecho Penal, pero también el que obliga al resarcimiento de daños y perjuicios), quien comete un delito o causa un daño no es que espere ser castigado con Justicia, lo que verdaderamente desea es no ser descubierto ni castigado de ninguna manera. La incertidumbre sobre la posible sanción puede jugar en su contra, pero también a su favor; de hecho, la general inseguridad jurídica, en este terreno, se procura por todos los medios que sólo pueda tener, si acaso, efectos favorables para el encausado. Cuando se trata de casti-

gar, parece adecuado a la condición humana, incluso tanto más adecuado cuanto más se progresa en la civilización y la cultura, el intentar ser muy medurado y cuidadoso y hasta clemente.

De modo parecido, cuando los ciudadanos necesitan de autorizaciones o licencias administrativas, no tienen mayor reparo en pedir y en que se les concedan privilegios o ventajas especiales; aunque no estarían nada conformes en ser tratados peor que cualquier otra persona.

No es, por tanto, insólito que, en ocasiones, los sujetos del Derecho busquen la ventaja antes que la Justicia. Así, los abogados y sus clientes se espolean mutuamente a –si fuera preciso– “rebuscar imaginativamente” (o sea, a “interpretar”) en las normas legales, exprimiéndolas e incluso retorciéndolas –siempre con inteligencia y sutileza–, en su favor. En el fondo, los jueces sufren tanto como provocan esta dinámica.

3. La seguridad jurídica en los contratos.

Sin embargo, en mi opinión y por habitual y conforme a las pautas sociales que pueda ser, la falta de seguridad jurídica provoca una situación bien distinta cuando repercute sobre los efectos y las consecuencias de los contratos. En la contratación suele haber intereses económicos en juego y las partes estarán normalmente interesadas en establecer y conservar un equilibrio entre las respectivas posiciones; un equilibrio entre el conjunto de derechos (ahora con minúscula) y obligaciones de unos y otros. Las partes necesitarán un marco jurídico fiable; bueno o malo, justo o injusto –mejor bueno y mejor justo, claro– pero cierto y predecible.

Y debe ser un marco jurídico cierto y fiable ya desde el mismo momento en que las partes se proponen celebrar el contrato, ya que se trata de un presupuesto básico de la propia voluntad contractual. Las partes contratan porque esperan conseguir unos determinados derechos: el derecho a percibir el precio, el derecho a recuperar la cosa prestada o arrendada, el derecho a que le sea entregada la cosa comprada, el derecho a percibir los intereses pactados, etcétera. Del mismo modo en que contratan porque esperan también no resultar obligados a cosas o condiciones distintas de las que, en ese preciso instante de contratar, pueden conocer.

(Después, puede ser, por supuesto, que quien ya ha obtenido su parte, pierda el interés en “contraprestar” y trate de eludir sus obligaciones, “interpretando” convenientemente la ley, pero, en el instante inicial, se precisa de un punto de equilibrio, compartido por todos los sujetos del contrato).

Si los derechos de los contratantes disminuyen o si sus obligaciones aumentan –en relación a lo por ellos previsto– no sólo se quejarán de haber sufrido una injusticia, dirán que, en esas condiciones, no hubieran

querido contratar. El contrato se fundamenta en la voluntad libre y consciente de los sujetos. No puede haberla si desconocen, en todo o en parte, el conjunto de sus obligaciones y derechos.

Ciertamente, la ignorancia de la ley que tengan los sujetos del Derecho puede serle imputable a ellos mismos. Así, es norma jurídica tradicional el que el grado de conocimiento de la ley que tenga cada una de las partes, que nadie más que ellas pueden saber con exactitud, no lo pueden esgrimir a conveniencia para resolver o limitar los efectos de un contrato válido. El Derecho tiene establecida para ello una cautela básica: la presunción del conocimiento de las leyes. El vendedor no podrá desligarse de la obligación que la ley le impone de responder por evicción, aduciendo que no estaba enterado de ello. Incluso aunque realmente no lo supiera, la seguridad del tráfico, que, en abstracto, a todos los contratantes interesa por igual, aconseja que se mantenga tal presunción de conocimiento general del Derecho.

Pero eso no puede significar que exista la presunción de que también se conocen los diferentes y contradictorios criterios doctrinales y jurisprudenciales de interpretar y aplicar las leyes. Es más, no sólo no los conocen los contratantes sino que ni siquiera con la mayor diligencia y el asesoramiento de profesionales especializados podrían conocerlos en toda su dimensión.

Los particulares, si sus controversias sobre la aplicación o eficacia de sus contratos son tan graves que les conduzcan a un Tribunal, se verán, pues, obligados a soportar una grave inseguridad jurídica, que es estructural y que no tienen manera, por sí mismos, de disminuir o evitar.

Pero no es el objetivo de este artículo modificar los hábitos de los Tribunales de Justicia ni el de los juristas en general, sino tratar de enfocar otra posible solución.

II. La garantía económica de las actuaciones jurídicas

Hablaba al inicio de este escrito de la búsqueda de seguridades, por parte de los ciudadanos, y de los hábitos comerciales de ofrecerles garantías.

Seguramente, al igual que cuando se trata de aplicar una ley, existirán también diversas opiniones sobre la mejor forma de fabricar un televisor o un coche o una raqueta de tenis. Habrá igualmente métodos y materiales de fabricación mejores que otros. Correlativamente, el objeto resultante tendrá, presumiblemente, una u otra calidad y, lógicamente también, un precio en consonancia. Pero el vendedor profesional sabe que facilitará la venta de los mejores y de los peores artículos si puede ofrecer a sus clientes una garantía adecuada.

La buena reputación del fabricante o del vendedor, cumplirán parecidas funciones. Lo importante es generar una confianza no ilusoria en el consumidor.

De modo semejante, una entidad financiera puede ofrecer a sus clientes servirle de intermediaria en una operación de inversión, de renta variable, pero garantizándoles al menos el capital y/o unos rendimientos mínimos.

En todos estos casos y otros parecidos, que existen y se conocen bien, la garantía consiste en definitiva en que alguien asume el riesgo de una pérdida económica, sea por defectos propios de la cosa o servicio intercambiados, sea por avatares impredecibles que le afecten, a cambio de facilitar la actividad comercial del que sale garante y por tanto de obtener unas ganancias. Salvo irresponsabilidad o equivocación, el riesgo deberá ser por tanto susceptible de ser económicamente soportado; deberá poderse integrar, como uno más, en los costes normales del negocio o actividad.

Precisamente para evitar esa aludida irresponsabilidad y para controlar en la medida de lo posible las equivocaciones, a su vez, el fabricante y el comerciante procurarán ser ellos mismos beneficiarios de garantías intermedias y de efectuar con calidad su propia parte de los procesos productivos, ya que sólo es razonable garantizar un trabajo cuando está bien hecho.

Los profesionales jurídicos no estamos acostumbrados a garantizar nuestro trabajo. Casi ningún profesional lo está.

Sin embargo, la reciente Ley de Ordenación de la Edificación ha venido a regular con detalle y a ampliar el sistema de garantías y responsabilidades del artículo 1.591 del Código civil y lo ha hecho en base, sobre todo, al contrato de seguro, en concreto, seguro de daños o de caución, en favor de los propietarios, actuales y futuros, del edificio.

Sin perjuicio de la más detallada regulación legal de la responsabilidad de los profesionales titulados que intervienen en la construcción: arquitectos, ingenieros, etcétera, basada, con unas u otras precisiones o especialidades, en las técnicas de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, es claro que la cuantía de la prima del seguro y el hecho de encontrar a una compañía dispuesta a contratar van a depender, por estrictos motivos económicos, de la calidad presumible en el edificio y la mejor manera de calibrar objetivamente esa mayor o menor calidad de la obra no puede ser otra que conocer la calidad de los materiales y la "calidad" del trabajo profesional implicado. Por lo tanto, las actuaciones de esos profesionales se convierten en un riesgo económico, para el promotor, que procurará en consecuencia seleccionar al arquitecto o ingeniero que mejor haga su trabajo.

Así pues y aunque sea indirectamente, se está garantizando el trabajo de esos profesionales y se hace de manera objetiva, en función no de culpas sino de resultados, mediante un procedimiento que permite cuantificar económicamente el riesgo. A este modelo me atenderé básicamente en mi propuesta.

Ciertamente, un trabajo profesional cualquiera, aunque esté bien hecho, puede tener como resultado práctico una obra o un producto deficiente, por causas ajenas al profesional o que no pueden ser enteramente controladas por él. Exactamente igual puede ocurrir lo contrario, que un trabajo profesional mal hecho tenga por resultado una obra o producto correcto, aunque sólo sea por puro azar. Por ello, establecer, para el resultado del trabajo del profesional, una garantía económica objetiva únicamente puede ser o bien el resultado de un acto de autoridad (porque lo imponga una ley, por ejemplo) o bien de que así se asuma voluntariamente por los propios profesionales. No puede derivarse de las teorías clásicas de la culpa o de la voluntariedad, siempre presentes en la regulación de la exigencia de responsabilidades civiles.

Este cambio de perspectiva es el que quiero proponer aquí: que los notarios garanticemos económicamente el resultado de nuestro trabajo a quienes usan de nuestros servicios.

Se trata, sencillamente, de extraer las debidas consecuencias propias de la tajante afirmación que hace un profesional del Derecho, con la debida especialización y competencia, de que ésa que él propone es, jurídicamente hablando, la forma más correcta de actuar. Concretamente, respecto del ámbito que aquí más me interesa, la afirmación que hace un notario de que el acto o contrato otorgado con la redacción que él recomienda o autoriza será válido y eficaz.

¿Constituye eso una irresponsabilidad? ¿Se trataría de garantizar, de manera forzada y absurda, lo que por sí mismo es puro azar?

Ciertamente, si ocurre que, posteriormente, se declara la invalidez o la restricción de efectos del contrato autorizado por el notario (en el caso particular de mi profesión, que es el que principalmente me interesa analizar aquí), por decisión de un juez o de un registrador —por ejemplo— y tal cosa se hace en base a los criterios personalísimos e impredecibles típicos de las resoluciones judiciales y administrativas (según lo expuesto más arriba), el notario sufrirá en propia carne las consecuencias de la posible inseguridad jurídica que denuncié en los párrafos precedentes. Mejor dicho, si el notario garantiza los resultados positivos de su intervención, se encontrará con que, en algunos casos, deberá responder por sus errores y, en otros, lo hará por las extralimitaciones e incluso también por los errores de terceros: las autoridades que, indebidamente, provocan la ineficacia del documento y por lo tanto el daño para los otorgantes.

En definitiva, que efectivamente el notario correrá en algunos casos el riesgo de pagar daños y perjuicios de los que realmente no es culpable ni en el fondo responsable. La cuestión es si, a pesar de tal eventualidad negativa, resulta asumible y si es buena decisión hacerlo. En mi opinión, sí.

Como he dicho, doy por supuesto que no es factible, al menos no por el momento, la solución que indudablemente sería la mejor: modificar el funcionamiento general del Derecho, de manera que, al menos cuando intervenga un profesional en su plasmación práctica a la vida cotidiana, se convierta en un servicio previsible y seguro. Es decir, que impere, con carácter general, una auténtica seguridad jurídica.

Quizá, reitero, en el fondo ni siquiera se pretenda. Como jurista y personalmente, desapruuebo cualquier manifestación errática del Derecho, pero no puedo olvidar que demasiadas veces he oído, en boca de algunos abogados y sus clientes, la alabanza de que un juez es bueno cuando y porque se olvida de la Ley y busca la Justicia que subyace en el fondo de los casos (y que por supuesto ese abogado intentará “alumbrar” para Su Señoría).

Para muchas personas, especialmente los llamados intelectuales, la seducción propia de la retórica es no solamente consustancial sino la parte más genuina y noble del Derecho.

Pero, me parece a mí que alguna diferencia real y concreta debería haber cuando la intervención del profesional se hace precisamente para asesorar a las partes sobre la forma “legal” de hacer sus tratos, es decir, de contratar. El consejo que en tales casos dé el profesional debe ser confiable para las partes; debe estar dotado de seguridad y, ¿por qué no?, de garantía económica.

Concretando la cuestión al caso de que el profesional interviniente sea un notario, lo cierto es que las partes, para estar seguras de que la documentación pública de sus actos es acorde al Derecho, no pueden adoptar cautelas mayores que la de solicitar su intervención. Teórica y legalmente, todos los notarios tienen atribuida la máxima competencia jurídica; el propio Estado no puede optar entre un notario u otro, a la hora de documentar los actos en los que es parte, y precisamente por ese argumento.

Por el contrario, en un sistema jurídico como el nuestro en que la libertad de forma, en la contratación, es norma fundamental y casi sacrosanta, no puede pretenderse que todo negocio concluido sea válido. Por mucha autonomía de la voluntad que consagre el artículo 1.255 del Código civil y otros preceptos, hay una multitud de límites legales que los particulares ni conocen ni van a adivinar. Lo normal y lo habitual será que, en los negocios celebrados en forma estrictamente privada, se incumplan algunos requisitos necesarios o que se realicen ciertos actos que estén prohibidos.

Igual les ocurre a quienes realizan por sí cualquier otra actividad muy técnica. Lo cierto es que no es muy frecuente que las actividades sociales para las que está prevista la intervención de profesionales titulados puedan ser realizadas libremente por la gente en general. Al contrario, los ciudadanos no podrán, por sí solos, construirse sus casas, ni medicarse, ni practicarse una intervención quirúrgica, ni fabricarse el coche con el que circulen, etcétera. En el mundo del Derecho y como regla general, tampoco podrán los particulares actuar directamente en un procedimiento judicial, necesitando de la representación y dirección de procuradores y letrados.

No pretendo aquí proponer que tampoco puedan los particulares concertar o contratar por sí mismos, respecto de sus asuntos privados, ya que la obligatoriedad del cumplimiento de la palabra dada es una regla tradicional y básica de nuestro Derecho.

Lo que digo es que, si los contratantes actúan con su solo cuidado, es razonable que también soporten el riesgo de equivocarse y las consecuencias de no haber respetado reglas del Derecho Positivo. (Lo cual, desde luego, no quita para que, como ya he dicho, no me parezca nada razonable que deban también soportar las consecuencias de no haber respetado criterios de interpretación jurisprudenciales, que alteren, de manera imprevisible, el contenido de la ley).

Pero, cuando las personas no versadas en Derecho acuden a un profesional cualificado; más aún, cuando solicitan los servicios del único profesional competente (el notario) para elevar a la forma pública sus decisiones y acuerdos, entonces es no sólo razonable sino que me parece imprescindible que ese profesional –notario– se responsabilice de sus actos, hasta el punto de garantizar a los interesados un resultado positivo. De modo que, si después otro profesional (un registrador, un juez, etcétera), constituido en autoridad, invalida ese acto o contrato, los particulares, o bien recibirán, gratuitamente, un nuevo documento, que subsane los errores padecidos, o bien, cuando lo anterior no sea posible o no sea suficiente, serán indemnizados del daño que sufran, siempre a cargo del profesional –notario– actuante. Cualquiera que sea la causa e incluso aunque no haya sido acreditado que el notario ha actuado indebidamente. Es más, incluso aunque el notario tenga la razón y el órgano que ha decidido la invalidez no.

La confrontación entre los distintos y contrapuestos criterios de unos y otros profesionales, según sus diferentes rangos y ámbitos competenciales, quedará así, si se produce, en un plano interno, ajeno a los otorgantes. Entre ellos y con arreglo a las normas propias del Derecho, decidirán quién tiene razón y quién no. Si el notario mantiene que su actuación es correcta, será él quien recurra las decisiones que se opongan a su tra-

bajo (debiendo ser dotado para ello, claro está, de legitimación para formular y seguir la impugnación). La posible inseguridad jurídica de ese proceso de reclamaciones, si concurre, le afectará a él, pero no a los otorgantes.

De lo que se trata es de que quienes han otorgado una escritura pública en base a que el notario ha calificado sin reservas su validez, obtengan un documento que debe ser válido para ellos, de forma garantizada. Será un documento garantizado contra cualquier defecto que le invalide, sin más excepciones, como inmediatamente veremos, que aquellas que deriven y se originen en el propio sujeto beneficiario de la garantía o que así se establezcan en la regulación legal específicamente limitativa de sus efectos.

En un sistema como el que ahora propongo, los particulares podrán elegir entre utilizar o no utilizar los servicios de los profesionales jurídicos (en general o de notarios en particular), pero, si se deciden por hacerlo y se atienen a sus observaciones, contarán con una seguridad extra y, en última instancia, con una garantía económica.

III. Supuestos garantizados y supuestos fuera de garantía. Datos y circunstancias bajo control notarial

En todo caso, debo concretar y aclarar, desde ahora, que me estoy refiriendo a que los notarios garanticen los documentos que autoricen para el caso de una invalidez que se declare en base a causas que hayan estado bajo su control. Parece evidente que el notario no podrá evitar que el contrato decaiga, por ejemplo, por la existencia de vicios físicos ocultos, en la cosa vendida, o por la falta de consentimiento derivada de la reserva mental, o por la confabulación en el fraude y otras causas semejantes.

Tampoco deberá responder el notario por aquellos defectos existentes en la formulación del contrato que él mismo aprecia y denuncia a las partes. Normalmente, una calificación negativa que haga el notario debería tener como consecuencia que el contrato no llegue a otorgarse en los términos que se le proponen. Si los particulares se avienen a tal calificación negativa, deberán modificar sus tratos; si no, será el notario quien denegará su intervención o al menos realizará una intervención limitada en sus efectos y, razonablemente, no garantizada.

Por último, tampoco deberá responder el notario por la validez de actos que, por razón de la normativa legal, sean en sí mismos actos de validez precaria, dudosa o provisional, por ejemplo, los actos realizados por el heredero aparente, a que se refiere el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, o los actos sujetos a ratificación o aprobación posterior, etcétera.

Una regulación detallada y completa de casos excluidos de garantía

(algo que debe hacerse, por supuesto) debería tener muy en cuenta los casos que, legalmente, no están amparados por la fe pública registral —del Registro de la Propiedad—, supuestos que guardan una gran analogía con la problemática del sistema de garantías que aquí propugno, dado que debe haber una gran semejanza en la razón de ser de unos y otros.

En definitiva, el profesional debe responder por los resultados relacionados con su propia intervención en el proceso, excluyendo los que sean absolutamente ajenos a él.

Pero no sólo. En mi opinión, podría llegar también, en determinadas condiciones, a garantizar daños no derivados directamente de su actuación, pero que pueden estar bajo su control. Me refiero a la posible responsabilidad por errores previos a su intervención pero que el notario ha podido calificar.

Así, de un lado, lo que puede hacer el profesional, como se hace por lo general en el mundo comercial, es responder no sólo por su actuación propia sino también por la de los demás profesionales que hayan intervenido en ese mismo asunto antes que él, en la medida en que una parte de su actuación puede y debe consistir precisamente en comprobar y valorar que esas actuaciones previas han sido correctas. La coordinación y reparto de responsabilidades entre los sucesivos profesionales actuantes es algo que ellos mismos organizarán como proceda, al margen de los usuarios. Los particulares no tendrían por qué seguir, para obtener la reparación que les corresponda, un penoso peregrinaje, de oficina en oficina, de profesional en profesional.

En efecto, el trabajo de un notario se apoya en gran medida en el de otros que le han precedido, en la cadena de transmisiones o modificaciones hipotecarias de las fincas y en el otorgamiento de poderes y autorizaciones. Pero, ese apoyo no es en realidad una confianza ciega, pues no lo necesita así. De todos modos, el notario deberá calificar los documentos que se le entreguen; si aprecia errores o faltas en ellos, sencillamente los denegará como base adecuada para su propio trabajo. Pero, si los considera suficientes, responderá también por esta calificación. En cuanto a los hechos, deberá, como todos, acatar la realidad de los que el notario precedente ha amparado bajo su fe; pero, respecto de las opiniones y calificaciones jurídicas, podrá discutir las libremente.

En este punto, es preciso hacer notar algo en lo que habitualmente no se repara, aunque la práctica nos muestra día a día su incidencia. Antes decía que la posible declaración de ineficacia del contrato puede resultar de la calificación posterior que haga un juez o un registrador. Lo cierto es que exactamente igual puede resultar de una calificación negativa posterior de otro notario. Así ocurre con mucha frecuencia en materia de calificación de la suficiencia de poderes o representaciones, que

aleguen los comparecientes. Pero, aunque sea menos frecuente, igual podría suceder en cuanto a la validez previa de los actos contenidos en el título previo. Si un notario, por la razón que sea, llega a autorizar una segregación no amparada en la correspondiente e imprescindible licencia administrativa, ¿podrá otro notario autorizar la venta de la porción segregada? En mi opinión, si lo hace actuaría incorrectamente, dando continuidad y en parte asumiendo una irregularidad previa.

Otro tanto vale para cualquier otro documento público, no notarial, que se le presente al notario. Las únicas excepciones a esta obligación del notario de calificar los documentos previos las establecen las leyes.

Así, por lo que se refiere a los documentos judiciales, sorprende que no haya una limitación específica, como existe en materia de calificación registral, pero es evidente que el notario no podrá negar eficacia a una sentencia o resolución judicial firme. En cuanto a los documentos administrativos, el propio Reglamento Notarial establece (para ciertos casos, sin que se entienda bien por qué no para todos) la obligación del notario de negar su ministerio cuando “no se hayan dictado o transmitido con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas”. En cuanto a los documentos notariales, le afectará al notario, como a todos, la obligación de no negar ni desvirtuar los hechos acogidos a la fe pública notarial. Y, en cuanto a los asientos de los registros públicos con efecto legitimador y bajo la salvaguarda de los tribunales, deberá el notario, también como todo el mundo, estar y pasar por sus declaraciones.

De otro lado, los profesionales podrían, en ciertos casos, responder igualmente de la ineficacia que se provoque por una información insuficiente e inadecuada o por datos o presupuestos erróneos, aportados por los interesados, en el caso de que éstos, sin malicia por su parte, no conozcan bien o hayan malinterpretado tales datos o informaciones.

En tales casos, podría ser que el profesional sí que hubiera podido corregir los errores o deficiencias en los datos, averiguándolos o constatóndolos por sí mismo; sobre todo cuando sean datos que estén publicados en algún registro público y cuya vigencia esté amparada por algún principio de legitimación, como ocurre con el estado civil y régimen matrimonial y, en el ámbito de las transmisiones de inmuebles, con la situación registral de cargas de los bienes o, incluso y aunque sea indirectamente, con el grave problema de la titularidad que deba prevalecer en caso de doble venta, al menos cuando es posible resolverlo por la prelación en el acceso al Registro de la Propiedad. Igual cabría decir respecto de datos físicos tales como la medida superficial de la finca transmitida, cuando ésta conste en un Catastro Público.

Aun cuando la mayoría de los datos previos al negocio son o pueden ser conocidos por los sujetos del contrato y deberían en principio quedar

bajo su responsabilidad, precisamente por su condición de profanos en Derecho, los particulares puede ser que ignoren si los datos y documentación técnica que aportan son los adecuados y puede por tanto que, erróneamente, proporcionen antecedentes inapropiados. En tales casos, es el profesional quien debe advertir el error, en su caso, y asesorar sobre ello al usuario.

Sin embargo, estas consideraciones no alcanzan a todos los antecedentes fácticos; hay datos que sólo pueden conocer los particulares: la subsistencia de su poder, su domicilio, el propio contenido de sus compromisos, etcétera. Sobre éstos, sólo ellos son responsables y nunca el profesional interviniente.

Un problema especial es el que se produce cuando el error que comete el particular radica en que solicita un documento que no necesita o cuando solicita un tipo de documento cuando en realidad el que mejor le conviene es otro tipo distinto. Es el caso, por ejemplo, de quien solicita que se le autorice un testamento cuando lo que precisa o quiere hacer es una donación; o de quien formaliza una compraventa –de una cuota indivisa– cuando lo oportuno es hacer una disolución de comunidad.

El asesoramiento del notario, durante la preparación del documento y sobre todo en el momento de su lectura y otorgamiento, debería poder deshacer la mayoría de estas equivocaciones. En algunos casos, sin embargo, no habrá error sino una actuación perfectamente consciente de los sujetos, por ejemplo, porque estaban buscando un indebido mejor tratamiento fiscal –como ocurriría en el caso de la compraventa que encubre una donación–, con la particularidad de que es frecuente que la reclamación sólo se produzca cuando, *a posteriori*, los sujetos se arrepienten de lo ya hecho, porque, como era de prever, junto a los beneficios que obtuvieron, se producen también consecuencias negativas indeseables.

No es fácil, en estos casos, deslindar la responsabilidad del notario, por no asesorar debidamente a las partes, de los frecuentes supuestos en los que los otorgantes se arriesgan más de lo debido y luego no quieren sufrir las consecuencias de unas decisiones de las que fueron perfectamente conscientes, aunque después, interesadamente, lo nieguen.

IV. Actos y contratos no susceptibles de garantía

La limitación del régimen de garantías económicas no solamente debe tener en cuenta la distinta intervención y responsabilidad del notario y de los propios otorgantes, en el documento; también es necesario seguir delimitando negativamente mi propuesta por razón del tipo de documento otorgado y también por el tipo de acto o negocio documentado.

1. Eficacia *inter partes* y *erga omnes* del documento público. Limitación del sistema de garantías a los documentos válidos.

Desde el punto de vista del Código civil, el documento público es aquel que puede perjudicar a tercero, pero únicamente en cuanto a su fecha y hecho del otorgamiento (art. 1.218). La verdad o falsedad de las declaraciones de las partes queda bajo su responsabilidad y sólo les afecta a ellas y sus causahabientes. Ateniéndonos a esa perspectiva y en caso de un documento público notarial, el notario responderá de que lo que las partes han acordado es lo que consta en el documento, pero no entrará a averiguar si lo que dicen es cierto o no, ni se preocupará de constatar si el transmitente tiene poder de disposición, por ejemplo. Esto es así no sólo en el Código civil, sino también en parte de la legislación notarial (arts. 160, 172, etcétera).

Sin embargo y como he sostenido en otro lugar, creo firmemente en que, además de fehaciente, el documento público y específicamente el notarial, debe ser válido. La escritura pública cumple una función social que es en parte autónoma de los sujetos que la otorgan; crea una apariencia que propicia la confianza de los terceros. Incluso, posiblemente, una confianza superior a la prevista por la propia ley, pero que en todo caso existe y que profesionalmente nos interesa a los notarios, puesto que potencia nuestra función y refuerza nuestra utilidad social. Los particulares van a dar por supuesto que lo que dice la escritura es cierto porque así lo ha certificado un notario.

En la medida de nuestras posibilidades y con la fundamental ayuda que nos presta la fe pública registral, cuando interviene, debemos alentar esa creencia y hacernos merecedores de esa confianza pública.

Sin embargo, la necesidad de documentar y dar fecha auténtica a todas las declaraciones, ya sean ciertas o falsas, de las partes y a sus tratos sigue existiendo. Quizá fue la primera razón de ser que motivó la aparición de los notarios o escribanos públicos. Ahora, está claro que esa no debe ser nuestra única función, pero tampoco podemos dejarla a un lado, porque la utilidad social inherente a esa formalización documental, como digo, permanece. No es ya (que incluso también) que se trate de dar fe-haciencia a las declaraciones falsas, sino que lo que dejaríamos fuera de nuestra función serían todas aquellas manifestaciones que su autor no puede acreditar (ni tampoco el notario tiene medios para comprobar por sí mismo si son o no ciertas).

Si una persona se obliga frente a otra a realizar alguna prestación válida y ambas desean que quede constancia de que han hecho ese trato y de la fecha del mismo, a sus particulares efectos, deben poder hacerlo. (Lo que en ningún caso sería admisible y así lo sanciona expresamente la

legislación notarial, es la documentación pública de actos prohibidos o contrarios a las leyes).

En general, todo documento privado o, aún más, todo acto susceptible de ser objeto de un documento privado debe poder ser entregado o manifestado a un notario, para que lo ponga por escrito –si no lo está ya– y lo protocolice, guardando memoria de su existencia.

Lo que no tienen es por qué tener los mismos efectos todos los documentos notariales. En realidad esto ya es así. Hay documentos notariales, como las actas de presencia, cuyo íntegro contenido puede estar bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 143 del Reglamento Notarial); por el contrario, las actas de manifestaciones contienen aseveraciones de las personas que las requieren cuya veracidad el notario no puede ni debe comprobar.

Los testimonios notariales tanto pueden ser reproducción de textos, bajo la estricta fe notarial, como juicios u opiniones jurídicas (legitimación de firmas, vigencia de leyes), como (sorprendentemente) constancia de la existencia y contenido de documentos redactados en idioma que el notario no conoce (art. 252 del Reglamento Notarial).

La eficacia jurídica, naturalmente, depende del tipo de intervención que tenga el notario.

El problema es que los documentos notariales, sobre todo y en lo que aquí interesa, las actas y principalmente las escrituras públicas, son un cúmulo heterogéneo de actuaciones notariales también diversas. Hay en ellos: simple recogida de manifestaciones de los otorgantes (sobre su estado civil, su domicilio, etcétera); hay transcripción fehaciente de datos (información registral recibida directamente por el notario desde el Registro de la Propiedad; contenido de licencias administrativas y otros documentos exhibidos al notario como títulos previos o complementarios); hay hechos conocidos o provocados por el notario (fecha, lugar, lectura del documento) y que quedan por tanto bajo su fe; etcétera.

Una conclusión posible es que, por ello, el documento notarial no tiene una eficacia jurídica general, sino varias, las que corresponden a cada uno de sus apartados. De ser así (y así parece que es, en la actual concepción), esa confianza social, a la que anteriormente aludía, que hace presuponer a los profanos en Derecho que las escrituras públicas, como un todo, dicen la verdad, sería en el fondo ilusoria, ya que ellos no sabrán discernir qué parte sí y qué parte no tiene plena eficacia. (Y no sólo los profanos; son frecuentes las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el llamado recurso gubernativo, en las que lo que se discute entre profesionales especializados es el carácter o no de testimonio notarial y por tanto de declaración protegida por la fe pública notarial de una determinada afirmación del notario).

Ahora bien, si realmente la pretensión es la de que haya un documento que, como tal, en su conjunto, lo hagamos verdaderamente garantizado, salvo irresponsabilidad por nuestra parte, necesitaremos que todo él sea jurídicamente eficaz, que los diferentes apartados (relevantes) del mismo estén bajo el control notarial y hayan obtenido una calificación notarial positiva. Ya sea en base a hechos comprobados por el notario, ya por razón de fundamentarse en hechos o derechos protegidos por la legitimación de un registro público, ya, incluso, porque, aun siendo datos opinables (juicios de capacidad de los sujetos y juicio de su identidad, por ejemplo), la legislación atribuya –lo que ahora no hace– competencia al notario para decidir plenamente, por supuesto bajo su responsabilidad y sometido a la revisión de sus actos por parte de los jueces.

Si el documento contiene datos o hechos que el notario no puede comprobar ni calificar fundadamente y éstos tienen relevancia jurídica para terceros, la consecuencia debería ser que el notario autorice un tipo de documento sobre cuya validez o invalidez no se pronuncia.

Un tipo de documento en el que el notario se limita a testimoniar o a protocolizar o respecto del cual hace reflejo de aspectos parciales que le consten, pero que desde luego no autoriza, en el sentido más genuino que deberíamos dar a esa expresión, y que por supuesto tampoco garantiza. Un tipo de documento que inexcusablemente debería estar claramente diferenciado de la escritura pública, en su nombre, en su formato y en el conjunto de datos por los que el público en general identifique a uno y otra.

En otro lugar, he manifestado por extenso mi opinión sobre la forma de autorizar actos en curso de formación o perfeccionamiento y sobre el uso y abuso de las advertencias notariales. A ello me remito ahora.

En cuanto a la distinción de lo que, en un documento público, interesa sólo a sus sujetos y lo que interesa a terceros, hay que actuar con todo rigor. Por eso, “facilidades” reglamentarias (del Reglamento Notarial), en relación a la llamada fe de conocimiento, que permiten que la identificación de una de las partes comparecientes (razonablemente sólo la adquirente, no la transmitente, aunque el Reglamento no distinga) pueda hacerse en base a que sea conocida por la otra o por la intervención de testigos, que ella misma presenta, no proporcionan una base sólida para la validez del contrato. Del mismo modo, una cosa es que el adquirente dé por justificado, sin más, que los gastos de comunidad de la finca que compra están al corriente, cosa que únicamente puede afectar a su propia economía, y otra que dispense al vendedor de la obligación de acreditar fehacientemente la representación que dice tener, por ejemplo, de su cónyuge, para disponer de bienes gananciales. En cuanto al hecho de si se producirá o no el efecto traslativo y por tanto la adquisición para sí,

eso sólo le afectará a él y podría no exigir mayores pruebas; pero, en cuanto el adquirente va a ser dotado de un título público, que le permitiría crear la apariencia de ser un propietario legítimo, el asunto interesa al conjunto de la Sociedad y debe ser controlado por el notario.

Desde la perspectiva que ahora interesa de la prestación de garantías económicas, si el notario tiene, de verdad, competencia y autonomía para no autorizar la escritura pública hasta que reúna todos los requisitos que, en su opinión, caracterizan un acto o contrato como válido y eficaz en Derecho, entonces será perfectamente razonable que le alcance –como con la normativa actual le alcanza– la responsabilidad de indemnizar los daños que ocasione la eventual invalidez o ineficacia. Y, sobre tales precauciones, perfectamente razonable y prudente sería que, además, los notarios ofrecieran garantizar económicamente el buen fin jurídico de esas escrituras públicas autorizadas por ellos.

2. Extensión de la garantía a documentos no contractuales.

La garantía que pueda prestar el notario por su actuación es especialmente relevante y necesaria cuando lo que se documenta es un contrato, pues, como ya he dicho, lo que verdaderamente está en juego es la propia voluntad o consentimiento negocial, que podría no existir en el caso de que los contratantes supieran que sus pactos no podrán tener todos los efectos que ellos pretenden y sobre los que se han puesto de acuerdo.

Pero, también será útil el sistema de garantías respecto de cualquier otro contenido u objeto de la escritura pública, aunque no haya partes contrapuestas, como puede ser los casos de la adición de la herencia (la partición sí que es un acto contractual), la declaración de obra nueva o la propiedad horizontal, etcétera, puesto que también sus otorgantes buscan y pagan el asesoramiento del profesional y, si bien no existe un momento crucial negocial, en el que se presta un consentimiento irrevocable, puede (y suele) ser que la situación fijada en la escritura deba servir de base y elemento legitimador para ulteriores convenios, en los que ya sí que se involucran terceros.

Razón esta última por la que también deberá el notario en estos casos expresar su calificación jurídica del acto o negocio, e incluso imponer su criterio a los propios otorgantes, ya que la escritura no sólo les afectará a ellos, sino que después será susceptible de ser utilizada, de forma autónoma, como título previo de un nuevo acto o convenio.

V. Obligatoriedad de la prestación de la garantía

Aceptada –dialécticamente– la conveniencia de un sistema de garantías económicas que presten los notarios, cabe preguntar y decidir si tal prestación deben hacerla todos los notarios o sólo los que, individualmente, así lo quieran.

El notario es considerado, de manera más o menos pacífica pero cada día con mayor extensión, incluso en sede de la legislación, como una mezcla de profesional liberal y de funcionario estatal, dotado de autoridad y que ejerce funciones públicas.

En tal consideración, la regulación de su trabajo cotidiano está fundamentalmente en normas de Derecho Positivo (Ley y Reglamento Notarial), en donde se recogen reglas que, en otras profesiones, se contienen en estatutos privados o en reglamentos de régimen interior. Sin embargo, también los notarios disponemos de tales normas internas, dictadas por nuestros Colegios Profesionales, quienes, además, tienen encomendada la vigilancia de su estricto cumplimiento.

Por lo demás, la organización detallada de su propio despacho u oficina notarial corresponde realizarla directamente al notario titular de la misma.

(He defendido en otro lugar la conveniencia de que exista una regulación imperativa en relación con algunos aspectos del funcionamiento de la oficina notarial, los que más puedan afectar a los derechos de los usuarios del servicio notarial y a la posición en que se encuentre el notario que llegue nuevo, tras un concurso de provisión de plazas. Sin embargo, en todo caso, siempre quedarán parcelas de la exclusiva competencia del notario.)

En base a tal autonomía de cada notario y en relación con la implantación de un régimen de garantías económicas por el trabajo notarial, me parece indudable la posibilidad, en la situación actual de la legislación, de que cada uno individualmente pueda asumir tal compromiso y ofrecer ese servicio complementario a sus “clientes”.

Igual de indudable me parece que lo conveniente para el servicio público –que tal cosa es el trabajo de los notarios, visto desde la perspectiva de los usuarios– sería una regulación general, obligatoria y sustancialmente igual, en todo el Estado y para todos los supuestos y sujetos.

Un ofrecimiento privado y estrictamente voluntario está claro que podría ser efectivo siempre que el notario implicado se aviniera, también voluntariamente, a cumplir sus compromisos, llegado el caso; pero, si surge una discrepancia entre las partes sobre las circunstancias del concreto supuesto de hecho o si acaso se produjera un arrepentimiento del notario, la efectividad de la exigencia de la garantía sería tan dificultosa e

impredecible para los otorgantes como cualquier supuesto actual de responsabilidad extracontractual. Todo lo contrario de lo que se pretende con el sistema de garantías que aquí se propone.

Una regulación imperativa podría tener, como valores añadidos: un régimen de publicidad, de supuestos incluidos y excluidos; un procedimiento de reclamación y, en su caso, de avenencia; y una autoridad de respaldo.

Pero, además, una regulación pública, plasmada en una norma de rango adecuado, ley o reglamento, permitiría acompañar la medida con otras que me parece que son absolutamente imprescindibles para que la garantía prestada por los notarios sea una oferta verdaderamente razonable. Me refiero a la posibilidad –sobre la que luego me extenderé– de que el notario pueda conocer y comprobar por sí mismo datos y hechos, de importancia capital en orden a la validez y eficacia de los contratos, que constan en registros y catastros públicos.

VI. Justificación de la propuesta

Ante la propuesta que hago de una garantía económica, la pregunta es inmediata: ¿por qué hacerlo?

He decidido plantear toda la cuestión de las garantías que preste el notario desde la óptica y el ejemplo de las garantías habituales en el mundo del comercio porque realmente creo que es el económico el factor más decisivo a la hora de decidirse por implantar tal sistema.

La única razón que se me ocurre pensar por la que los comerciantes, fabricantes y vendedores, garantizan sus productos es porque eso les permite mejorar su oferta y así vender más. La garantía prestada supondrá siempre un gasto; si los comerciantes lo descuentan de su beneficio, tiene que ser porque quede compensado con un mayor volumen de ventas, de manera que aumente o se mantenga su beneficio global, aunque sea tras disminuir el beneficio caso a caso; si, por el contrario, el comerciante recarga el gasto de la garantía en el precio, será necesario que el producto garantizado mejore su atractivo entre los potenciales compradores, al menos en porcentaje suficiente para cubrir el gasto añadido.

Por lo demás, la mejora para el comerciante es evidente que tanto puede resultar de incrementar su presencia en el mercado como de mantenerla, si era precisamente eso lo que estaba en juego, es decir, si el comerciante resulta que se enfrentaba a la posibilidad real de un retroceso.

Ciertamente, un profesional titulado, tanto más cuanto más alta es la consideración social a la que tradicionalmente resulta acreedor, rehúye

actuar y ser tratado como un comerciante. Legalmente, si es que tal consideración normativa tiene alguna utilidad aquí, un notario, un médico o un arquitecto no es un comerciante y muchas de las reglas sociales que acompañan a la actividad comercial ni son habituales ni son convenientes para su trabajo. Los profesionales titulados, como todo el mundo sabe, tienen una función de calificación y revisora que, potencialmente, es denegatoria o limitativa de las peticiones y pretensiones de quienes requieren sus servicios; los profesionales deben regir su actuación por normas precisas, que le son impuestas a él y que él debe imponer a la persona que les contrata.

Un aspecto este del trabajo de los profesionales que no sólo existe sino que debe ser mantenido e incluso intensamente potenciado —aun contra la misma voluntad individual del profesional que olvida las reglas y normas a las que está sometido—.

Por otro lado, los profesionales titulados han gozado en ciertas épocas históricas de un privilegiado *status* social, mejor que el asignado a los comerciantes. Algo que, si es que alguna vez estuvo justificado —cosa que no creo—, ahora sería absolutamente impropio y ha decaído justamente. Los profesionales ni necesitan ni les convienen los privilegios, que les distinguen e inevitablemente les separan de la Sociedad a la que sirven; lo que necesitan, como todo el mundo, es respeto.

Pero, el respeto sólo proporciona el entorno amigable en que el profesional desarrolla su trabajo, no es en sí mismo la razón del mismo. El profesional debe desempeñar además una tarea útil, incluso necesaria, a la Sociedad.

En realidad, no hay ninguna profesión que llegue a arraigarse —menos aún las tituladas, que disponen de una enseñanza reglada que debe ser seguida y superada para poder ejercerla—, que no haya cubierto alguna vez una necesidad social. Pero no basta con tener una razón de origen, se requiere además una continua razón de subsistencia. Y, en este punto, la Sociedad está en constante cambio y evolución.

Los profesionales deben estar, por ello, en permanente estado de vigilia que le permita la adaptación a esas cambiantes condiciones sociales.

En ocasiones, las modificaciones en los hábitos sociales o en las técnicas de producción económica provocan una situación absolutamente incompatible con la actividad de un profesional. Los antiguos maestros artesanos no pudieron detener la revolución industrial y el maquinismo y tampoco supieron convivir con ellos; ninguna consideración, por evidente que fuera, sobre la mayor calidad de los productos artesanos, comparados con los fabricados con máquinas, pudo triunfar. La Sociedad, al optar por una u otra cosa, no necesita discutir ni dar explicaciones a nadie; no necesita tener razón.

La solución de futuro para nuestra profesión no es que el notario proclame o demuestre la bondad intrínseca de la escritura pública; lo importante es que los ciudadanos individual o colectivamente lo perciban como útil y conveniente; que la deseen y la demanden. Ni siquiera es solución que los gobernantes, titulares de los poderes públicos, por ser más instruidos, defiendan la continuidad de una profesión, desde la legislación. En un régimen democrático, los gobernantes ni querrán ni podrán mantener posiciones que se perciban desde la ciudadanía como una carga anacrónica o como un privilegio.

Todas estas consideraciones son muy generales y desde luego no permiten entroncar sin más con la conveniencia o no de que los notarios garanticemos económicamente nuestro trabajo. Lo que quiero expresar aquí es simplemente la conveniencia de que los notarios hagamos uso de ciertas estrategias propias del mercado y que, al menos mientras seamos profesionales y cobremos directamente del usuario de nuestro trabajo, traslademos a tales usuarios –además de todo lo que éstos ya saben y ha justificado tradicionalmente nuestra existencia–, la sensación de que su dinero está bien gastado, que les reporta, a cambio, un beneficio y que en ningún caso será un gasto inútil.

VII. El ejercicio defensivo de la función pública

Pero, aceptado lo anterior, hay un peligro que debe ser evitado; un fenómeno muy conocido ya en otros ámbitos y que podríamos denominar el “ejercicio defensivo” de la profesión.

A la Sociedad, que insisto es quien debe defender a los profesionales, no le interesa que éstos, ante el riesgo de resultar económicamente perjudicados, rehúyan las dificultades y los “compromisos” que les son propios.

No es adecuado a los profesionales seguir indefinidamente los caminos trillados y seguros que han aprendido de sus maestros, sino que deben, en cada momento histórico, buscar la solución más adecuada a los tiempos y los avances sociales. Se espera con justicia del profesional que encuentre nuevas soluciones, a los viejos y a los nuevos problemas y requerimientos de la práctica.

Pero tal adecuada esperanza no debe amparar, de contrario, la irresponsabilidad ni la aventura en los profesionales, y menos a costa ajena.

Históricamente, los notarios han sido artífices de soluciones novedosas que han rendido una gran utilidad social y han terminado, por ello, incorporadas con relevancia a la legislación. En muchas ocasiones, tales innovaciones nacieron rodeadas de discusiones teóricas y de resistencias

que terminaron por superar. Otras veces, ha habido novedades propuestas por notarios –quizá no menos buenas– que no tuvieron tanta fortuna y han terminado por no ser aceptadas; la también tradicionalmente distinta dinámica de notarios y registradores, completada con las respetadas decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los denominados recursos gubernativos, han permitido un desarrollo incesante y prudente de la técnica documental pública en España.

Todo esto debe ser mantenido. Los notarios deben seguir expresando abierta y confiadamente sus opiniones jurídicas. Su extensa y adecuada formación técnica es soporte adecuado para ello. La eventualidad de que otro profesional, especialmente un registrador, contradiga su decisión no debe inducirle a abandonarla sin más.

El temor o incluso la realidad de que los notarios sufran un perjuicio económico (ya sea directo, ya indirecto, por mantener un seguro), no debería en ningún caso apartarles del que consideren el tratamiento jurídico más adecuado al caso.

Aunque sin duda deben advertir e instruir claramente a los otorgantes sobre las dificultades que prevea, no por ello deben dejar de emitir y defender sus propios criterios, tanto favorables como adversos, al negocio propuesto, utilizando para ello todos los resortes jurídicos oportunos –el recurso gubernativo, sobre todo–.

Lo que propongo no es pues que el notario huya de las dificultades, sino que, en lo posible, se deje al margen de las subsiguientes discusiones y recursos jurídicos a los otorgantes al mismo tiempo que se les garantiza un resultado positivo.

Si la razón de ser última de mi propuesta es mejorar o ampliar la estima social hacia la profesión notarial, es evidente que el abandono de sus funciones anularía cualquier efecto positivo derivado del sistema de garantías económicas. Y como tal abandono tendría que entenderse el que, pudiendo, los notarios dejaran de dar respuesta a las pretensiones y necesidades de quienes acuden a ellos, so pretexto de no correr el riesgo de equivocarse y pagar por ello.

Por lo demás, me parece muy de tener en cuenta a este respecto algo a lo que no siempre se presta, en mi opinión, la atención debida. En muchas ocasiones se transmite la impresión de que se puede incurrir en responsabilidad cuando se realiza una actuación equivocada, pero no cuando se deja de actuar. Si se me permite, diré que esa sensación la transmiten más los registradores que los notarios, pero añadiré que ambos lo hacen.

Sin embargo y por muy difícil que sea saber, desde fuera, cuándo un profesional, altamente especializado además, pone verdaderamente en juego toda su capacidad y cuándo se ampara en su libertad de criterio para

eludir sus responsabilidades, lo cierto es que la Sociedad tiene derecho a esperar y exigir el mejor resultado de su trabajo.

Desde el punto de vista de la acción, el profesional está obligado a no permitir que sus clientes incumplan normas o requisitos cuya vigilancia le compete. Desde el punto de vista de la omisión, la Sociedad debe acos-tumbrar a los profesionales a responder por sus denegaciones injustificadas de actuar.

Un profesional no debe ser temeroso sino riguroso y desde luego no debe temer más –ni menos– a la acción que a la omisión.

VIII. Diferencias y distancia con el sistema inmobiliario anglosajón

Comparar sistemas jurídicos inmobiliarios, pertenecientes a su vez a sistemas jurídicos generales diversos, normalmente es una labor destinada a no dar fruto.

Las grandes instituciones jurídicas se van conformando lentamente, a lo largo de los años y de los siglos, con interferencias continuas con los hábitos sociales más arraigados, de manera que las reglas jurídicas limitan y encauzan la actividad humana, sí, pero es ésta la que decide en última instancia qué normas jurídicas se asientan realmente en la sociedad y cuáles permanecen en el limbo del Ordenamiento. (No hay más que pensar en la suerte sufrida, en nuestro Derecho, por recientes “inventos” como los de la multipropiedad o el del régimen matrimonial de participación).

Por eso, el ejercicio teórico de proposición de nuevos escenarios carece en realidad de puntos sólidos de conexión que permitan decidir si un cambio radical en un sistema jurídico básico –como es el del tráfico de la propiedad inmueble– va a representar una mejora social o un retroceso.

Por otro lado, cuando además, como decía al principio, las instituciones comparadas pertenecen a sistemas jurídicos diferentes, como son el del Derecho continental y el anglosajón, el problema es muchísimo mayor, ya que también existe, como es natural, una interrelación básica y esencial entre las diversas instituciones jurídicas de un Ordenamiento. No es posible considerar aisladamente el derecho contractual sin tener en cuenta la eficacia del sistema procesal, por ejemplo. En concreto, la utilización preferente de garantías personales o reales –en los contratos– puede depender por completo de la duración promedio de los juicios civiles.

Por todo ello, creo firmemente que el mejor sistema inmobiliario para una Sociedad es aquel que efectivamente ésta tiene y que la principal y primera preocupación de quienes tienen encomendada esa tarea es mejo-

rar el sistema antes que reemplazarlo por otro que allí es nuevo y desconocido.

Huelga decir, por tanto, que el sistema de garantías económicas que propongo nada tiene que ver con la práctica del Derecho anglosajón de sustituir la intervención de profesionales –como los notarios– e instituciones protectoras –como el Registro de la Propiedad, con efectos legitimadores y mantenimiento de adquisiciones *a non domino*– por el aseguramiento al adquirente de su indemnidad económica, en caso de evicción o de que existan vicios ocultos, en la cosa transmitida.

Lo que aquí propongo no discute la bondad –ni la maldad– de nuestro sistema inmobiliario actual; únicamente pretende reforzar la confianza en él de los usuarios, garantizando su utilidad incluso en los numéricamente excepcionales –pero graves– casos en que se produce la ineficacia jurídica del contrato, así como en aquellos otros supuestos, mucho más frecuentes, en que surgen daños derivados de cargas o gravámenes inesperados, de pérdidas de rango registral o de simples –y gravosas– demoras en el proceso.

Por eso y además, la propuesta se refiere a la actuación general de los notarios (y de los registradores), en todo tipo de documentos y no sólo en las escrituras públicas de transferencias de inmuebles.

IX. Coste del sistema de garantías. Establecimiento de un seguro de responsabilidad civil

Los honorarios notariales, a diferencia de los precios comerciales, no se establecen ni se modifican o actualizan en función de la relación coste-beneficio que concurra en la prestación del servicio. Se trata en realidad de una tasa o precio público, en cuyo proceso de fijación son tan ajenas las partes como puedan serlo el cartero y quien hace un envío postal a la hora de determinar el precio de los sellos.

En el momento actual, se está poniendo en tela de juicio muchas cosas respecto de nuestra profesión y entre ellas está precisamente la de si los honorarios notariales deben ser o no, y en su caso en qué medida, objeto de libre negociación entre las partes. Se propugna como un rasgo de modernidad e incluso de acicate para la mejora en la prestación del servicio el que los aranceles notariales sean negociables, aunque de una manera muy especial: sólo a la baja; de manera que, como en el caso de los precios de los carburantes, por ejemplo, los aranceles representarían la cantidad que como máximo podría percibir el notario, pero teniendo la posibilidad de disminuir o rebajarla, se supone que como forma de mejorar su competitividad frente al cliente.

En este documento estoy haciendo constante referencia a la utilidad que los documentos notariales y, en general, la intervención de los notarios pueden tener para los usuarios.

Pero, la única función de los notarios no es ni puede ser la de complacer a quienes se sirven de ellos. Creo (y quizá soy demasiado benévolo conmigo mismo, en cuanto miembro del Notariado) que los notarios (como los registradores, los arquitectos, los ingenieros, los médicos, los abogados, etcétera) están llamados también a cumplir otra función social —distinta aunque al menos tan importante como la de resolverle problemas a la gente—: la de velar porque, en su ámbito de competencias, las cosas se hagan del modo en que no se perjudique el interés público.

En otras ocasiones me he extendido en todas estas consideraciones; he dicho también que la función vigilante de los profesionales no puede ser sustituida por ninguna otra. Que, en caso de que los arquitectos o ingenieros no vigilen que los edificios y construcciones disponen de los materiales adecuados, podrá obtenerse una reparación económica, pero ninguna alternativa válida habrá al daño y alarma social que provocará su hundimiento. Incluso cuando el posible daño no lo sufran otros particulares sino directamente el Estado (la Hacienda Pública, por ejemplo) sería imposible y demagógico sostener que no se trata de un daño causado al conjunto de la Sociedad.

En el caso de los notarios, la cuestión es incluso más delicada que en el de otros profesionales titulados: la fe notarial es un servicio público, que presta el propio Estado; si el notario hiciera dejación de sus obligaciones de control y exigencia de cumplimiento de las leyes, es el propio Estado quien queda en falta.

Volviendo al tema de los costes, quien paga los honorarios notariales de ningún modo tiene por qué ser el beneficiario de que las leyes se cumplan en todo su rigor; en muchas ocasiones, será justo al contrario. De modo que la competencia de precios, entre notarios, puede ir perfectamente paralela a una pugna por ser el profesional más “flexible” y el menos “quisquilloso”.

Le oí decir recientemente a un buen amigo registrador que la libre elección, por los clientes, del registrador que califique el documento sería como dejar al contribuyente que elija a su inspector de Hacienda. Yo creo que no es ese precisamente el problema. En aras a la seguridad del Derecho, las decisiones de un inspector de Hacienda deberían ser iguales a las de todos sus demás compañeros de función pública; me parece inaceptable y escandaloso pensar (y saber, puesto que en el fondo tiene razón mi amigo y lo cierto es que no es igual uno que otro) que los ciudadanos podemos tener “mala suerte” según quién de los funcionarios de Hacienda nos inspeccione.

Pero a mí, lo que me parecería muy peligroso, *per se*, es que el ciudadano pudiera negociar los honorarios que el inspector debiera percibir por su trabajo fiscalizador, que el sueldo del inspector dependiera de su capacidad de conseguir, compitiendo económicamente con sus demás colegas también inspectores, que los ciudadanos le elijan a él.

La cuestión dista, sin embargo, de ser sencilla; pues, si bien la experiencia enseña que, en el ámbito del Notariado, la competencia desleal ha ido unida a las rebajas arancelarias ilegales (que nuestro Reglamento Notarial prohíbe bajo la denominación de condonación parcial de honorarios), cuando, en general, se piensa en irregularidades de funcionarios asociadas al dinero, más probable parece que se trate de cobrar –en exceso– cantidades a las que no se tiene derecho y a cambio de hacer o permitir algo prohibido.

En el primer caso, podría pensarse que se trata sólo de una cuestión comercial y que, independientemente de cuestiones de regulación interna, perfectamente mudables, ningún perjuicio –más bien lo contrario– habría, en caso de rebajas arancelarias, ni para los usuarios ni para el conjunto de la Sociedad.

Por lo demás, subjetivamente, no hay incompatibilidad alguna entre ambas actitudes; en realidad, cuando el notario hace rebajas arancelarias prohibidas, su intención no es la de favorecer la economía de sus clientes sino la suya propia (quien condona los honorarios de la obra nueva, lo que persigue es conseguir las escrituras de las ventas), de manera que, como en el caso de los sobornos, su motivación para incumplir la ley es el beneficio económico que con ello consigue.

Objetivamente, la cuestión es si los notarios que están claramente dispuestos a incumplir, por su beneficio económico personal, ciertas leyes –las arancelarias– no lo estarían también a incumplir otras –por ejemplo, las urbanísticas– siendo así que también en este segundo caso su cliente puede decidirse a premiar su colaboración, proporcionándole trabajo extra.

Yo creo que cualquier notario con un mínimo de experiencia tiene una respuesta para esa pregunta.

A veces se pretende (especialmente desde la legislación) que el control de la actuación de los profesionales recaiga en la labor de inspección, sea ésta interna, llevada a cabo por otros miembros del mismo colectivo, sea externa, por otro órgano o autoridad. La experiencia demuestra que esos sistemas son inoperantes; el control interno –único que podría ser eficaz, por cuanto otros profesionales de igual titulación sí que sabrían y podrían detectar y calificar los errores e incumplimientos, en su caso– nunca ha podido superar las trabas del corporativismo, en ninguna profesión, y menos en una de reducido número de miembros, como es el Notariado.

Ante este panorama y cuando las instancias económicas y políticas parecen decididas a favorecer, sin más preocupaciones ni matices, la competencia arancelaria entre notarios, lo que ahora interesa considerar es la incidencia añadida que pueda tener la elección de quién deba soportar el coste económico de la garantía que los notarios ofrezcan a los usuarios de sus servicios.

Si la garantía económica fuera una prestación voluntaria, individual y libremente ofrecida o negada por cada notario, también sería individual la decisión de cobrar o no un sobreprecio por el servicio; y además sin ninguna restricción ni limitación, puesto que se trataría de un derecho extra-arancelario. Si, como parece preferible, dar una garantía económica por sus servicios termina por ser una obligación de todo notario, se planteará la cuestión de repercutir o no el coste del sistema a los beneficiarios.

En tal caso, lo primero es averiguar cuál sea ese coste.

Una primera respuesta es la de negar el problema, partiendo de la afirmación de que el servicio notarial es bueno, incluso excelente, y que por lo tanto la garantía prestada no tiene por qué representar un coste, al menos apreciable. En tal caso, es claro que ninguna repercusión habría que considerar.

Otra forma –contraria– de verlo es la de presuponer que sí que habrá costes añadidos y que éstos pueden eventualmente ser de gran importancia.

En tal caso, de un lado, es muy importante determinar quién deba soportarlos; de otro, parece imprescindible que nos dotemos a nuestra vez –siempre el mismo afán de seguridad– de la cobertura de un contrato de seguro adecuado. Contrato de seguro que no sólo protegería los intereses del notario afectado, sino también los del usuario perjudicado, ante la eventualidad de que tal notario no pudiera afrontar los daños.

De seguir esta última vía, es decir, la de un seguro y además, como en la ordenación legal de la construcción, que sea un seguro obligatorio, restaría aún por decidir entre que el seguro lo concierte cada cual, como en el caso de los vehículos automóviles, o lo contrate el colectivo notarial.

A veces se piensa y se dice que la mejor razón para contratar un seguro único para un colectivo de profesionales, es el ahorro de precio que ello supone, en comparación con la suma del coste de los seguros individuales. El problema es que los seguros colectivos, en el plano interno, son seguros mutuos; de manera que cada profesional estará en definitiva cubriendo los fallos o incumplimientos de sus compañeros.

Y es que no hablamos de asegurar las cosechas agrícolas frente al granizo. Aquí, el riesgo depende, en alguna parte, del incontrolable azar de que otro profesional o autoridad tenga e imponga una opinión diferente

a la del notario, pero, en otra parte (que puede ser la mayor parte) depende de que el notario haga correctamente su trabajo.

Por seguir con el símil de un problema que ha llegado con nitidez a la opinión pública, ocurrirá como con el coste del seguro de los buenos y los malos conductores. ¿Debe haber aquí también descuentos por baja siniestralidad? Parece razonable contestar que sí. Máxime si, como antes apuntaba, un notario ha encontrado la manera de mejorar su competitividad precisamente relajando y rebajando su nivel de exigencia jurídica y actuando de manera objetivamente arriesgada. (Sin olvidar, por supuesto, lo ya dicho a propósito de la necesidad de evitar el “ejercicio defensivo” de la profesión, confundiendo la prudencia con la pasividad y la dejadez intelectual).

En todo caso, una parte muy importante del problema, como parece obvio, es la de conocer la estimación del coste en sí. Los notarios –sobre todo por medio de nuestros representantes orgánicos– hemos presumido con frecuencia de que el coste de la seguridad jurídica preventiva, que es como en este contexto se llama al precio del servicio notarial, resulta amortizado para la Sociedad por la correlativa disminución de la conflictividad ante los Tribunales, con la consiguiente reducción de los costes de los procedimientos judiciales. Si tales afirmaciones se basan en estudios concretos, seguramente ya se conocerá el coste de los procedimientos basados en defectos de la documentación notarial, es decir, la parte del coste del servicio notarial que no solamente no evita los pleitos sino que los provoca. (Si no hay estudios hechos, hora es de que se hagan y con el máximo rigor).

Sin embargo, en mi propuesta he ido más allá de esa comparación entre prevención y reparación judicial de conflictos, puesto que no pretendo que se exija a nadie acudir a los Tribunales para ser resarcido de los daños que el servicio notarial le haya causado; incluso, propugno una responsabilidad objetiva, no causalista.

Por lo tanto, creo que será necesario hacer un estudio concreto y riguroso que permita averiguar la viabilidad económica de todo el proyecto. En realidad y puesto que he utilizado la analogía con los modelos comerciales, no puedo dejar de considerar que no todos los servicios ni productos comerciales están garantizados; respecto de servicios de profesionales titulados, no conozco otros seguros de tipo comercial –en el sentido de no exigencia de culpabilidad– que los indirectamente asociados a la nueva construcción de edificios y ello desde la muy reciente Ley de Ordenación de la Construcción.

Una vez hechos esos estudios y que resulte acreditada la viabilidad económica del proyecto, la decisión de repercutir el coste de la garantía en los usuarios del servicio o en los propios notarios no deja de ser una

más de las que corresponde tomar a quien regula todo el sistema notarial: el Estado. Si verdaderamente existiera un criterio serio y no estricta y exclusivamente demagógico para decidir sobre la retribución de los notarios, la solución a esta cuestión no debería ser difícil. Presuponiendo, como no podría ser de otra manera, que el sistema retributivo actual es el correcto y por eso es el que ha ordenado el Gobierno, no podría caber duda de que un nuevo servicio o un nuevo valor añadido al servicio tendría que ser repercutido en los usuarios, sin otra precaución que la de reducir el coste a los mínimos necesarios.

X. Extensión del régimen de garantías al conjunto del sistema notarial-registral

En mi opinión, este sistema de garantías económicas debe ser posible y me parece el adecuado en relación a la intervención de cualesquiera profesionales jurídicos que presten al público un servicio remunerado, pero, en realidad, el único propósito de este documento es el de referirme de modo específico y concreto a los notarios y a los registradores de la propiedad (a estos últimos al menos en cuanto actúen en base a documentos notariales).

Justifico esa extensión a los registradores de la propiedad porque creo que, por la propia naturaleza de las cosas, el ámbito de las garantías debería ser el conjunto del sistema registral-notarial, siempre que sea pertinente por recaer la actuación del notario en un documento susceptible de inscripción en un Registro de la Propiedad o en un Registro Mercantil.

En tales supuestos, que por lo demás constituyen los más frecuentes en la actividad profesional del notario, la colaboración y corresponsabilidad entre registradores y notarios me parece que no sólo es conveniente sino casi imprescindible.

Desde el punto de vista del notario, es evidente la necesidad de tener en cuenta la inscripción registral en su caso. Por un lado porque específicamente le obliga a ello la Ley Hipotecaria, en su artículo 22, que establece la responsabilidad del notario en el caso de que las escrituras que autorice no puedan ser inscritas en el Registro de la Propiedad, una responsabilidad jurídicamente exigible y de alcance, en su caso, económico.

De otro lado porque, si el notario va a proporcionar una garantía al documento que autorice, le convendrá y mucho utilizar a su vez y en su propio favor la protección que deriva del Registro, tanto por el efecto legitimador que pueda aportar a las titularidades y exactitud de la documentación previa con que trabaje el notario, como por su efecto protector respecto del documento ya otorgado y posteriormente inscrito.

Cuando el notario informe al comprador, bajo su responsabilidad y garantía, que el vendedor tiene poder dispositivo sobre la cosa objeto del contrato o que el representante de la sociedad vendedora verdaderamente está facultado para obligarla, por poner dos ejemplos frecuentes, y tal información se apoye en su propia calificación favorable, pero también en la publicidad del Registro de la Propiedad o Mercantil, estará, en relación a este segundo apoyo, trasladándole una seguridad legal muy superior a la que él mismo pueda ofrecer.

En realidad, la protección registral sí que es una solución de máxima seguridad jurídica; un beneficio o privilegio, para quien hace uso del sistema registral, mejor a cualquier garantía económica. Lo que ocurre es que únicamente la Ley puede establecer un régimen así, nunca los profesionales, y hoy por hoy, la fe pública notarial no goza de tal protección legal.

Desde el otro punto de vista apuntado, la garantía que dé el notario, por ejemplo, a un comprador, dejará de representar para él un riesgo una vez que el documento quede debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, bajo la protección de la fe pública, ya que, a partir de ahí, la posición de ese comprador será jurídicamente inatacable y el único posible perjudicado —el verdadero propietario no otorgante— no será destinatario de la garantía del notario. (Aunque pueda tener derecho, en su caso, a exigirle responsabilidad civil).

Eso desde el punto de vista de los notarios, desde el lado de los registradores (y aunque no me corresponda a mí hacer esta justificación), la documentación pública (en la mayoría de los casos, la notarial) es presupuesto útil para su actuación profesional y constituye un elemento de seguridad en la garantía por su actuación que lleguen a dar a los usuarios del Registro, si también ellos optaran por garantizar económicamente su trabajo. No en vano la Ley Hipotecaria ha convertido esa documentación pública, dotada de fehaciencia y respaldada por la calificación favorable de un funcionario público, en la única titulación inscribible. Son muchos los aspectos de los documentos públicos que el registrador no tiene que calificar y por tanto que para él estarían cubiertos por una garantía ajena, sin responsabilidad por su parte.

Siendo evidente, por lo demás que el registrador tiene también múltiples ocasiones o motivos potenciales por los que deba responder por los daños y perjuicios que se deriven de su actuación profesional. La protección del Registro, ni es completa, como claramente pone de manifiesto el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, ni la verdaderamente sólida protección de los artículos 34 y concordantes de esa ley está dirigida al registrador, sino al titular registral. Precisamente, la contrapartida a que los asientos del Registro estén bajo la salvaguarda de los tribunales y a que el Regis-

tro consolide incluso las adquisiciones *a non domino* es que el registrador que inscribió un acto nulo o canceló indebidamente el asiento relativo a un derecho vigente responderá por ello al sujeto perjudicado.

Sin embargo y en mi opinión, la propuesta no debe ser planteada en términos de la mayor o menor utilidad que reporte a los profesionales registradores y notarios. Aunque ya he expresado mi convencimiento de que redundará en beneficio de los notarios el que garanticen su actuación profesional (y que creo que iguales razones abonan la conveniencia de una decisión igual para los registradores), lo verdaderamente importante, creo, es el interés de los usuarios.

Y atendiendo a ese interés de los usuarios, he venido defendiendo en diversos ámbitos que el sistema inmobiliario español es y resulta aconsejable que siga siendo un sistema mixto, notarial-registral, y que es obligación compartida de ambos cuerpos de profesionales y de nuestros comunes órganos rectores el conseguir la máxima cooperación y coordinación, en beneficio, repito, de los usuarios de ese servicio o de esos dos servicios.

Por su parte, es claro que los usuarios engloban, aúnan y confunden en uno solo esos dos aspectos, notarial y registral. No se acomoda a la verdad ni a la realidad de las cosas pensar que los otorgantes de la escritura pública se desentienden o no tienen interés en dejar inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

La razón de ser de esto es clara. Como dice nuestro Tribunal Supremo, el alcance y valor de los derechos reales, en favor de su titular, no es igual en el caso de que estén o de que no estén inscritos; la protección registral, como es bien sabido, proporciona al titular un altísimo grado de seguridad y precisamente es de eso de lo que hablamos. (Ello sin tener en cuenta que algunos derechos requieren para su nacimiento y validez de la inscripción registral).

Pero tampoco es la inscripción registral el único interés de los usuarios. No es en absoluto cierto que los contratantes deseen únicamente lograr la transferencia de titularidad registral y que les resulte indiferente el contenido o la propia existencia del documento en que se recojan sus tratos. De un lado, muchos de los pactos tienen un alcance sólo obligacional, no real (como, por ejemplo y en el paradigmático caso del contrato de compraventa, la determinación de quién debe soportar los gastos del contrato, la forma de pago del precio, la entrega de la posesión, las obligaciones de saneamiento, etcétera). De otro lado, los particulares no quieren que sus pretensiones se trasladen sin más a los asientos del Registro; necesitan y piden además el asesoramiento profesional adecuado a su caso.

Lo que los particulares quieren es llevar adelante sus relaciones sociales y cumplir con sus obligaciones legales. El tratamiento jurídico ade-

cuando lo desconocen, pero, en general, quieren respetar las exigencias legales, aun cuando represente un coste para ellos, y quieran lograr la máxima eficacia y seguridad para sus actos. Como ellos suelen decir: “que no haya problemas y que todo sea legal”.

Cómo se organice por el Estado el servicio que logre todo eso les da bastante igual y no están en condiciones ni desean discutir sutilezas ni mucho menos desean mediar en conflictos de competencias entre profesionales.

Y lo cierto es que lo que actualmente está organizado, como mejor para la Sociedad, en el tráfico inmobiliario, es un sistema complejo registral-notarial. A ambos grupos de profesionales nos corresponde que el resultado sea el más eficaz y garantista que se pueda lograr. Quien tenga propuestas para mejorarlo o incluso para sustituirlo por otro debe aportarlas, pero, entretanto, hay que hacer funcionar el sistema de la mejor manera posible.

En mi opinión, nada malo hay en la concurrencia, que no estimo duplicidad, de las actuaciones de los registradores y de los notarios (ni siquiera en lo que se viene llamando “doble calificación”); creo que el sistema es equilibrado y útil; pero creo que, además de lo que actualmente proporciona, debe estar dotado de una responsabilidad económicamente eficaz para los usuarios: debe estar garantizado.

Sería, no obstante, ingenuo (y hasta peligroso) no tener en cuenta aquí el estado actual de las relaciones entre esos dos cuerpos de registradores y notarios. Relaciones que se nos dice, al menos por nuestros respectivos órganos de representación y gobierno, que son muy conflictivas, en los últimos años. Yo diría, que debe ser el único periodo muy conflictivo de nuestra larga historia común, pero en realidad no conozco ese dato con seguridad y no debo aventurarlo.

Tan difíciles parecen hoy día esas relaciones que, oyendo, reitero, a nuestros máximos representantes respectivos, un extraño podría llegar sin esfuerzo a conclusiones tan asombrosas y preocupantes como que, de un lado, la reconciliación es prácticamente imposible, ya que el bien de uno de los cuerpos exige la práctica desaparición del otro; y, de otro lado, que cada cual opina que el trabajo y la función que desarrolla el otro es perfectamente prescindible, con lo que nada más fácil de concluir que que la suma de esas dos tan doctas opiniones lleva directamente a la desaparición, al menos en su actual formato, de ambos cuerpos y profesiones.

No creo que sea este el momento ni el lugar para que exprese mi opinión sobre la génesis, el desarrollo y las posibles soluciones al conflicto, en todo caso creo que lo dicho en los párrafos precedentes dejan clara mi posición de fondo.

Pero, lo que ahora me interesa destacar es otro aspecto del problema.

Si los notarios nos planteamos garantizar económicamente los resultados de nuestro trabajo, ¿nos coloca un eventual enfrentamiento con los registradores en una situación de inaceptable desventaja?

La realidad práctica demuestra que el sistema de tráfico inmobiliario notarial-registral es casi autosuficiente, desde el punto de vista de la eficacia jurídica. Los muchos o pocos casos en que se discute por un tercero la eficacia de un documento notarial son casi todos aquellos en que un registrador deniega o suspende su inscripción en el Registro de la Propiedad (o en el Mercantil).

Una escritura pública debidamente inscrita tiene un nivel de efectividad que normalmente es más que suficiente desde el punto de vista de las necesidades de la Sociedad; la conflictividad propiamente judicial es muy reducida.

Pero, si el principal fiscalizador práctico de la labor del notario es el registrador y ambos cuerpos pugnan por discutir o incluso negar la propia existencia del otro, ¿podría utilizarse el perjuicio económico como un arma más en esa pelea?

En mi opinión, sin duda no; no como voluntad o propósito de ninguna de las partes, aunque, ciertamente, sería necesario averiguar la incidencia de un “exceso de riesgo”, a la hora de establecer el coste económico de la garantía notarial.

De todos modos, tengo que reconocer que el simple hecho de que sea razonable (si es que lo es) plantearse dudas como estas ya indica en mi opinión hasta qué punto es desafortunado y hasta peligroso el posible conflicto.

De hecho, si contemplo expresamente esta cuestión no es con ánimo de proporcionarle altavoz alguno –por muy pequeña que sea mi capacidad de hacerlo–, sino porque creo que no solamente no debe ser un obstáculo a la implantación de régimen de garantías económicas sino que este régimen podría incluso servir para atenuar o evitar la referida confrontación.

En efecto, en mi opinión y aunque el enfrentamiento profesional entre notarios y registradores tiene mucho de problema inventado, creo que es muy real y que despliega graves efectos en determinados lugares y con determinados protagonistas. Por lo tanto, creo que es una cuestión que debe ser tratada y resuelta.

La verdadera y más deseable solución sin duda es la de reencontrar nuestras raíces comunes, redescubrir nuestra complementariedad y capacidad de apoyo mutuo y en el común reconocimiento de la importancia y utilidad social de nuestras respectivas ocupaciones.

Pero, también creo que, desgraciadamente, el dinero tiene más influencia en los comportamientos de la que nos gustaría reconocer. Si

llegáramos a un sistema en el que todos nosotros, registradores y notarios, comprometiéramos nuestro propio dinero y no sólo nuestro prestigio, al emitir y aplicar nuestras opiniones jurídicas –nuestras respectivas calificaciones–, también puede que tuviéramos toda una mayor prudencia y responsabilidad.

En teoría no, claro; puede que incluso moleste a algunos el simple hecho de plantearlo; pero quizá ciertas “alegres audacias” y ciertas “alegres cerrazones”, de unos y de otros, no sean las mismas si las resoluciones del órgano arbitral que se establezca como competente para resolver de las garantías deciden también que el profesional que se excedió –por lo mucho o por lo poco– indemnice los daños causados. Máxime si, como debe ser, entre los daños a resarcir se incluyen también los producidos por la demora injustificada en la inscripción.

Por concluir, considero que la implantación conjunta del sistema, para notarios y registradores, es la mejor solución, pero que, si ello no fuera posible, a los notarios nos interesa tal implantación, incluso solos.

XI. Integración de la función notarial con otros servicios y registros públicos

La actividad notarial no sólo tiene y precisa de una estrecha relación con los Registros de la Propiedad y Mercantiles. Muchos de los datos fácticos y presupuestos jurídicos relevantes para la validez y eficacia de los contratos documentados por los notarios constan en otros registros públicos. Del mismo modo, los documentos notariales están llamados a desplegar todos o algunos de sus efectos esenciales en otros registros y servicios del Estado.

En algunos casos, como por ejemplo los datos relativos al estado civil y regímenes matrimoniales de los otorgantes, la relevancia jurídica ha sido siempre intensa. En otros casos, así respecto de la realidad física (superficie, linderos, existencia de edificaciones, etcétera) de las fincas objeto del contrato, la importancia no ha sido siempre la misma.

Respecto a la preocupación de los otorgantes y, objetivamente, de su seguridad económica, ha sido siempre evidente la conveniencia de que haya una exacta correspondencia entre la descripción documental de los objetos de los contratos y su realidad física, sobre todo cuando se trata de inmuebles. De poco sirve la validez formal plena de nuestro contrato de compraventa si, cuando acudimos a tomar posesión, descubrimos que la finca no existe o no se parece a la que esperamos.

Sin embargo, si pensamos en el legislador, lo cierto es que la tarea de coordinación del Catastro (archivo de datos físicos de las fincas por exce-

lencia) y de otros servicios públicos, por lo que aquí interesa el notarial y el del Registro de la Propiedad, ha sido tan esporádica y tan insuficiente que cuesta creer que realmente haya sido una prioridad legislativa.

Estamos plenamente inmersos en un nuevo proceso de coordinación, de Catastro con Notarías y Registros, pero, de nuevo, parece muy insuficiente y poco ambicioso. Desde luego, sigue siendo posible otorgar escrituras relativas a fincas cuya realidad física no se corresponde con su descripción documental.

Por lo demás y entre otros muchos datos importantes para la eficacia de los contratos documentados, cabe citar: la situación urbanística de los predios; la validez de las condiciones generales de la contratación, en su caso; la existencia de deudas fiscales, cuando deban afectar, aunque sea indirectamente, al adquirente, etcétera.

Para poder ejercer responsablemente su función y, concretamente, para poder asesorar debidamente a los usuarios de su servicio, el notario, como servidor público que es, debe ofrecer a los otorgantes y recibir a su vez toda la ayuda y colaboración de otros medios del Estado.

Mucho más aún. En mi opinión, ese acceso notarial a datos públicos es un derecho de los ciudadanos, únicos beneficiarios, en definitiva, de que el notario pueda prestar un servicio correcto y adecuado. El celo con el que los diferentes servicios administrativos se reservan para sí los datos de que disponen sobre los ciudadanos y sus propiedades y la forma en que acostumbran a patrimonializar tales datos no solamente están injustificados, es que además son ilegales. La única razón por la que los diferentes estamentos administrativos tienen el derecho de recabar y mantener datos de los ciudadanos es para así mejor poder servirles. Ninguna razón legítima puede haber para distinguir, dentro de los servicios públicos, distintas parcelas autónomas de poder, como con demasiada frecuencia se hace.

Ni siquiera los argumentos del sigilo y la privacidad de ciertos datos bastan para ocultar aquellos a que aquí me estoy refiriendo, dado que o bien son datos incorporados a registros públicos o bien quien los reclama es el propio sujeto a que se refieren. Y en cuanto a la exigencia de que quien consulta registros públicos tenga interés legítimo en la información, sin perjuicio de que esté más o menos justificada como tal exigencia, lo cierto es que, cuando el acceso se proporciona a través de un notario, no cabe negar su capacidad para apreciar la concurrencia de cualquier requisito legal, el del interés legítimo del solicitante de la información o cualquier otro.

Eso desde el punto de vista del interés de los ciudadanos, pero, ateniéndonos a la concreta propuesta que aquí hago de una garantía económica que den los notarios de su trabajo, lo cierto es que creo que debe

elevarse a la categoría de requisito previo o condición inexcusable tal posibilidad de que el notario pueda disponer de un acceso libre e inmediato a toda la información pública, pertinente a su trabajo, que exista.

XII. Funcionamiento del régimen de garantías

Sin ánimo de hacer una regulación detallada ni menos aún completa, me interesa destacar algunas cuestiones prácticas que, a mi entender, serían básicas en un régimen de garantías económicas como el que vengo proponiendo.

1. Destinatarios de la garantía.

El hecho de que sea el conjunto de la Sociedad el interesado en un ejercicio correcto de la función pública notarial, no significa que la garantía económica que estoy proponiendo que dé el notario, por su trabajo profesional, deba ser una especie de cheque al portador, en favor de cualquier persona que, *de una u otra manera, entre en contacto con el documento notarial, en cualquier tiempo.*

El notario debe ofrecer garantías a quienes contratan sus servicios y le pagan por ellos. A nadie más.

2. Valoración de los daños. Intervención de un arbitraje.

En el ámbito del comercio, la verdadera eficacia de la garantía de productos u objetos está en la simplicidad con que puede hacerse efectiva. Unas veces, los posibles daños son reparados por el mismo comerciante con quien contrató el usuario final, ya sea porque él mismo soporta el riesgo, ya porque se ocupa de gestionar la intervención de un tercero. Otras veces, la garantía la presta el fabricante o mayorista, lo que desde luego es mucho menos cómodo para el consumidor, pero que puede seguir siendo suficiente y adecuado si aquél tiene la adecuada presencia comercial en el territorio en que ocurre el daño.

En este terreno del comercio, la valoración de los daños no suele plantear problemas, al menos en lo que más generalmente es el ámbito de la garantía, la resolución del contrato, con devolución del precio, simultánea a la de la cosa vendida, o la gratuita sustitución del objeto o servicio contratado por otro nuevo suelen ser una respuesta suficiente.

Desde luego, los vicios o defectos de las mercaderías y servicios pueden provocar daños patrimoniales, directos o indirectos, que van más allá del precio o canon satisfecho y que por lo tanto no se compensan ade-

cuadamente con la simple resolución o reiteración del contrato. En los eventuales incumplimientos de las agencias de viaje y de transporte, de cosas o personas, esos otros daños son los preponderantes.

En tales casos e independientemente de las incertidumbres derivadas de la aplicación del Derecho y los fallos del sistema de la Seguridad Jurídica, se plantean problemas de verificación y valoración de los daños e incluso de determinación de hasta qué punto los daños están causados por el servicio prestado o por el mal funcionamiento o la mala construcción de las cosas comerciadas.

Quizá por ello, esos daños colaterales suelen estar excluidos de las garantías estrictamente comerciales.

En el caso de una garantía prestada por notarios, en relación con su actividad profesional, ésta debería indudablemente alcanzar, como daños directos: a la obligación de otorgar, sin cargo alguno, un nuevo documento, subsanatorio del defectuoso, y a la devolución del coste del servicio notarial, cuando la solución no esté en ese posible nuevo otorgamiento; pero, también debería incluirse otros daños colaterales, a saber: el coste de impuestos relativos al contrato documentado y que han sido indebidamente o inútilmente pagados, a causa de la nulidad o ineficacia del contrato; las multas y recargos originados por retrasos o errores en la actuación del notario; el importe de cargas o gravámenes cancelables o redimibles, de cuya existencia el notario pudo y debió advertir y no lo hizo, etcétera.

Más difícil de determinar y de valorar son los daños ocasionados por la pérdida de garantías o seguridades, de tipo jurídico, de los que el otorgante del documento debió ser y no es beneficiario. Me refiero a las consecuencias de que el documento o la titularidad en cuestión no pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad o a que un juez declare la nulidad de una garantía jurídica constituida en el documento. Como antes decía y no hacía sino repetir las palabras del Tribunal Supremo, el valor del derecho real inscribible y no inscrito disminuye. La pregunta es: ¿cuánto?

Por ejemplo, en el caso de un préstamo en el que no se ha podido inscribir la garantía hipotecaria, esperar, para determinar el importe del daño, al momento en que efectivamente se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada y a que el acreedor no haya podido satisfacer su derecho de otra manera, puede ser excesivamente dilatado. La solución contraria, la de obligar al notario a satisfacer el principal de la deuda que ha quedado sin cobertura hipotecaria, me parece desproporcionado, puesto que no es el crédito lo que se ha perdido, sino sólo una de sus garantías.

En definitiva, que o bien las garantías económicas que den los notarios se limitan a determinados daños, directos y fácilmente medibles, o

bien se establece un mecanismo de reclamación y de resolución de las controversias que puedan surgir. Al modo (o directamente en uso) de las instituciones arbitrales de consumo.

3. Supuesto especial de la denegación de inscripción del documento notarial en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.

La dificultad más frecuente con la que, en la práctica, se enfrenta un documento notarial –que esté destinado a ser inscrito en el Registro de la Propiedad o Mercantil– es la negativa a plasmarlo en sus libros, por parte del registrador encargado de su llevanza. Ante tal negativa, surgen un conjunto de consecuencias que es preciso analizar.

Ante todo y como mínimo, se produce una demora que, de ser extensa y sobre todo de superar el paréntesis de vigencia que proporciona el asiento de presentación, puede provocar daños económicos indirectos (que, por supuesto, deberían quedar amparados por la garantía económica que propongo).

Pero quizá no todo quede en una demora; al final, el asunto puede desembocar en una definitiva negativa a inscribir que, como he repetido, producirá un desmerecimiento en el valor económico del derecho apartado del Registro.

Con todo, la calificación registral negativa, como ya se ha expresado y es bien sabido, inicia pero no culmina un proceso jurídico. De modo que, ante ella, puede adoptarse distintas actitudes.

Tanto los defectos subsanables como los no subsanables pueden ser abordados de manera distinta, según la actitud que ante ellos tengan los interesados y también el notario. Siendo recurribles todas las calificaciones registrales que niegan o suspenden la inscripción, total o parcialmente, la práctica demuestra que únicamente una pequeña proporción de ellas se recurren efectivamente. (Y, aun así, el sistema de resolución de recursos –llamados gubernativos– parece estar colapsado, con plazos medios de resolución que llegan a los cuatro años).

Por lo demás, un buen número de los defectos que efectivamente se producen en la práctica –se califiquen, repito, de subsanables o de insubsanables– son corregibles en un corto periodo de tiempo, y mediante una intervención sencilla o bien del propio notario, por sí solo, o bien con una nueva comparecencia de los interesados. Otros, sin embargo, no.

Económicamente, no parece viable para los otorgantes recurrir por sistema toda calificación registral desfavorable. Por un lado, el retraso indicado en la resolución de los recursos y aun uno muy inferior parecen incompatibles con la celeridad del tráfico; pero, por otro, lo más importante, en mi opinión, es que la interposición de recursos jurídicos no tiene

relación con el verdadero interés de las partes. Por poner un ejemplo, decidir si una certificación de un acuerdo de junta general de una sociedad anónima debe incluir la lista de asistentes o sólo la reseña de que ésta está unida al acta podrá ser muy interesante, desde el punto de vista teórico, y motivará largas discusiones eruditas, pero resulta por completo irrelevante para la sociedad en cuestión cuando lo compara con la perspectiva de tener que esperar aunque sólo sean seis meses o uno a que le den la razón. Cuanto más será así cuando lo que se discute es si, para poder inscribir el título de transmisión de una vivienda, basta con indicar en aquél que tiene varias dependencias o es necesario especificar la distribución en dependencias concretas, que consta en el folio registral.

Hay que tener en cuenta además que la mayoría de las cuestiones jurídicas que se debaten en los recursos gubernativos no responden a condiciones o términos establecidos o exigidos por los otorgantes. A veces sí, sobre todo cuando se trata de documentar actos concertados con mucha anterioridad al otorgamiento de la escritura, de manera que ésta se limita a darles forma pública; pero, en la mayoría de las ocasiones, las partes esperan y aceptan que el notario les indique los requisitos y formalidades que deben cumplir, en la formalización de sus actos. Toda discrepancia entre el registrador y el notario sobre la mejor forma o la forma técnicamente más correcta de realizar el contrato les resulta completamente indiferente. Para las partes, que la culpa o la responsabilidad sea del notario o sea del registrador es irrelevante.

Por estas y otras razones, no es sencillo establecer una pauta clara a seguir. No sería razonable que el notario aceptara sin más que siempre que haya discrepancia entre su opinión jurídica y la de un registrador se derive una responsabilidad económica para él, sobre la base de que su opinión es la errónea. Tampoco, por las razones de tiempo expresadas, sería posible obligar a los otorgantes a esperar el tiempo de resolución del correspondiente recurso gubernativo, antes de lograr la reparación de su daño.

La decisión última de recurrir la calificación registral o atenerse a ella, debe corresponder a los otorgantes, con el asesoramiento que al respecto le den los profesionales intervinientes (en lo que aquí interesa, el notario autorizante); pero, si deciden no recurrir, no por ello deben perder la garantía notarial, en la medida en que la demora sufrida o los actos necesarios para acomodarse a la calificación registral les provoque un daño.

En conclusión, creo que es necesario distinguir según que el sistema de garantías económicas afecte únicamente a los notarios o lo ofrezcan conjuntamente registradores y notarios.

En este último caso, la efectividad de la reparación de los eventuales daños derivados de la no inscripción no debería plantear ningún proble-

ma. La Dirección General común a ambos cuerpos debería arbitrar un mecanismo interno para resolver las cuestiones económicas con total independencia de que se plantee o no un recurso gubernativo y de que se resuelvan así las dudas teóricas —que interesan mucho más a los profesionales que a los otorgantes—, al mismo tiempo que deberá encargarse de decidir sobre el reparto interno de responsabilidad que afecte a cada profesional implicado.

Por el contrario, si únicamente los notarios garantizan su trabajo, la responsabilidad de los registradores estaría sujeta a las reglas generales de la culpa extracontractual y deberá obtenerse una prueba de su culpabilidad, con todas las dificultades que, como hemos visto, ello comporta.

Sin embargo, ni siquiera eso debería impedir que los notarios mantengan su garantía sobre bases objetivas, sin perjuicio de que, después, intenten hacer valer —ellos o su compañía de seguros— su eventual derecho de reembolso contra el registrador —o su compañía de seguros—, en un procedimiento, incluso judicial, en el que quedarían al margen los otorgantes del documento notarial.

4. Fijación de una cuantía máxima a indemnizar.

Un importante problema práctico (especialmente relevante en cuanto a la cuestión antes expresada de la determinación del coste de la garantía) es el de la fijación de un posible límite máximo a la cuantía de los daños que deba ser indemnizada.

Si, como propongo, la garantía que preste el notario se substancia mediante un seguro de responsabilidad civil, existirá sin duda un límite al capital asegurado. Si la garantía se sustenta sobre la capacidad económica individual del notario, a efectos prácticos, ese límite no sólo existirá también sino que, frecuentemente, será infinitamente menor.

Por otro lado, nada podría aconsejar que la selección del notario que deba actuar se decidiera por los particulares en razón de su mayor o menor capacidad económica privada.

Sí que puede tener sentido, en caso de cobertura por medio de un seguro de responsabilidad civil de carácter colectivo, que un notario pueda acumular un mayor límite de riesgo, en razón de sus antecedentes de baja o nula siniestralidad anterior, o que varios notarios, que trabajen de forma concertada (mediante uniones de despacho, normalmente), soporten el riesgo conjuntamente y puedan así sumar sus coberturas de riesgo individuales.

En concreto, creo que los usuarios del servicio notarial deberían de poder conocer si el notario que se proponen elegir tiene o no un largo historial previo de siniestros.

5. Duración de la garantía.

Una importante cuestión práctica a resolver es la de la duración de la obligación del notario de indemnizar los daños derivados de su actuación profesional. Creo que cualquier periodo que se imponga será arbitrario, pero pueden buscarse analogías.

Un plazo de dos años se igualaría con el de prescripción de las faltas graves y muy graves. Por su parte, el artículo 1.968 del Código civil prevé un plazo de un año, para reparar los daños derivados de la responsabilidad extracontractual, pero los empieza a contar desde que el agraviado tuvo conocimiento del daño y tal forma de computar se compadece mal con un sistema de garantías objetivas.

En mi opinión, que insisto en que creo que es arbitraria, es adecuado un plazo de dos años para los actos *inter vivos* y uno de un año, contado desde el fallecimiento del otorgante, en los testamentos y otras disposiciones de última voluntad.

La fijación de un término de duración de la garantía, sea uno u otro, contribuirá a evitar que la dejadez de los otorgantes a la hora de ejercer o consolidar sus derechos, provoque un daño mucho más difícil de prevenir o reparar de lo que lo hubiera sido en un tiempo más inmediato al otorgamiento. Especialmente en el caso de los contratos, hay que tener en cuenta además que, en muchas ocasiones, una de las partes ve consumados los efectos del contrato antes que la otra (es el caso del vendedor, una vez que cobra el precio, o del prestatario, una vez que recibe el capital prestado), de manera que no puede darse por segura su voluntad de colaborar a resolver incidencias posteriores que no le perjudican directamente. En estos casos, cuanto más tiempo transcurra desde el otorgamiento, será normalmente más difícil otorgar documentos subsanatorios.

6. Pérdida de la garantía.

La plena eficacia y vigencia de la garantía puede y debe ser condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, bien que deba reunir el sujeto garantizado, bien que éste deba permitir que sea el notario quien los procure.

El primer y más básico requisito debe ser el de que el documento autorizado por el notario se inscriba, en el Registro de la Propiedad o Mercantil, si es susceptible de ello.

El notario debería condicionar su garantía a que la escritura pública que autoriza sea inmediatamente presentada en el Registro, para su inscripción, y que, salvo errores o defectos propios, sea finalmente inscrita.

Tampoco se trata de convertir la inscripción registral en obligatoria

(fuera de los casos en que ya lo es), sino de exigir tal requisito a todo aquél que desee tener una garantía económica de la actuación del notario.

En segundo lugar, el notario debe tener encomendada la tramitación o gestión del documento. Siempre en el supuesto de que estemos ante documentos inscribibles, el notario debe poder exigir (incluso hasta el extremo de condicionar también a ello su garantía) que los concretos trámites y gestiones a realizar, hasta la inscripción registral, se le encarguen a él.

De esta forma, el notario podrá controlar que tales trámites se realicen en el tiempo adecuado, sobre todo en orden a las consecuencias del principio de prioridad registral (cuando éste exista); de otro lado, podrá decidir él mismo sobre un gran número de incidencias que pueden surgir, que quizá puedan ser fácilmente resueltas, sin necesidad de que los interesados sean molestados o incluso sin que tengan por qué enterarse de que ha habido un error —teniendo así el notario la ocasión de proteger su prestigio profesional—.

Además, cuando la gestión del documento la lleve el notario, tampoco tendrán los otorgantes que verse involucrados en discusiones y controversias técnico-jurídicas, entre profesionales, al menos cuando sea posible resolver la cuestión por el diálogo entre ellos o por la intervención conciliadora de una autoridad superior.

Sin embargo, la práctica demuestra que muchos notarios prefieren desentenderse de la tramitación posterior del documento. Ciertamente, este trabajo se presta también a errores y equivocaciones que podrían dar lugar a daños que habría que indemnizar (en realidad, los datos del actual seguro de responsabilidad civil que tenemos los notarios demuestran que los errores de gestión son la más frecuente causa de reclamación).

Podría pensarse y concluirse, por tanto, que lo más prudente es que los notarios dejen de prestar tal servicio de gestión de los documentos que autoricen.

En mi opinión, sin embargo, la conclusión debe ser la contraria, como ya he dicho. En general no sólo no me parece lo más prudente, sino que creo que, desde el punto de vista de la aceptación social que debe generar nuestra profesión, es extraordinariamente arriesgado hacer dejación de responsabilidades y aún menos por razón de que el trabajo a realizar sea complejo o difícil; por el contrario, creo que eso debería ser un acicate para postularnos como los más idóneos.

En consecuencia, creo que debería acompañarse la medida con la obligatoriedad para el notario de aceptar el encargo de realizar la tramitación de los documentos que autorice. Pero, más allá aún, creo que el notario debe poder (si así lo quiere) elevar tal encargo de gestión o tramitación a la categoría de requisito habilitante de su garantía económica.

XIII. Conclusiones finales

Tras todo lo hasta ahora expuesto, me gustaría destacar las siguientes consideraciones:

- En mi opinión, existe una legítima preocupación entre los ciudadanos de disponer de un marco seguro, para sus actuaciones jurídicas, especialmente en la contratación.
- Ni el problema ni por tanto la solución para la citada preocupación de los ciudadanos puede encontrarse en un enfoque exclusivamente económico, de resarcimiento de daños materiales. No basta pues con que los contratos queden cubiertos con un seguro —como en los sistemas anglosajones, estrictamente privados—.
- Por el contrario, sí que puede conseguirse una respuesta adecuada a tal inquietud, mediante la intervención notarial; directamente, manteniendo y mejorando la calidad del trabajo notarial; indirectamente y además, garantizando económicamente el buen fin de su actuación y sus decisiones y recomendaciones.
- La garantía económica que puedan prestar los notarios —o el conjunto del sistema notarial-registral— es sólo un plus de eficacia, pero un plus que es posible añadir al sistema y del que por lo tanto debe ser dotado.
- La garantía económica no sólo debe alcanzar a la obtención gratuita de un nuevo documento, que sustituya o complete al anterior defectuoso, sino que debe asegurar también la indemnización de daños sufridos.
- La garantía económica de la validez y eficacia de los documentos autorizados —sin tacha o reserva— por un notario debe estar al alcance de todos los usuarios del servicio público; por lo tanto, el sistema debe ser obligatorio para todos los notarios y de ámbito general, con las únicas exclusiones que, por razón del tipo de acto o documento, expresa y previamente se fijen.
- Debe existir un procedimiento, que todos los usuarios puedan conocer y fácilmente usar, que resuelva con claridad la procedencia o improcedencia del derecho a ser indemnizado, la cuantía y la forma y plazo del reintegro.
- El pago efectivo de la indemnización en que se traduzca, en su caso, la garantía económica que pueda asociarse a la prestación del servicio público notarial, debe cubrirse a su vez mediante un seguro obligatorio de daños.

Tal seguro, sea colectivo o individual, debe tener en cuenta, a efectos de prima individual y a efectos de límite de capital garantizado, los antecedentes de riesgo de cada notario.

El coste de tal contrato de seguro debe ser repercutido al precio del servicio de documentación, bien porque se incrementen los aranceles de los documentos garantizados bien porque se reduzcan los de los no garantizados.

Gandía, a 29 de julio de 2001

LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES PROPIAS (1)

UBALDO NIETO CAROL

Notario

SUMARIO: **I.** CONSIDERACIONES PREVIAS. **II.** FUNDAMENTO DE SU REGULACIÓN. **III.** RÉGIMEN DE LOS NEGOCIOS SOBRE PARTICIPACIONES PROPIAS EN EL DERECHO COMPARADO. **IV.** LA ADQUISICIÓN ORIGINARIA. **A)** Supuestos de adquisición originaria. **1.** *Asunción de participaciones en la constitución de la sociedad adquirente.* **2.** *Asunción de participaciones con ocasión del aumento de capital de la sociedad adquirente.* **3.** *Asunción de participaciones en la constitución de la sociedad dominante.* **4.** *Asunción de participaciones en el aumento de capital de la sociedad dominante.* **B)** Consecuencias de Derecho privado por la adquisición originaria de participaciones propias o de la sociedad dominante. **V.** LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA. **A)** Supuesto de hecho de aplicación del artículo 40 LSRL: la adquisición. **B)** Régimen general de adquisición derivativa de participaciones propias: prohibición. **C)** Excepciones a la prohibición de adquisición derivativa. **1.** *Adquisiciones a título universal.* **2.** *Adquisiciones a título gratuito.* **3.** *Adquisiciones por adjudicación judicial.* **4.** *Adquisiciones para reducir el capital social.* **5.** *Adquisiciones en los supuestos de transmisión forzosa*

(1) Este trabajo forma parte de la obra homenaje al Prof. D. Fernando Sánchez Calero.

(art. 31.3 LSRL). **D)** Régimen de las participaciones propias adquiridas. **E)** Régimen de las participaciones de la sociedad dominante adquiridas. **F)** Consecuencias de Derecho privado por la ilícita adquisición derivativa de participaciones propias o de la sociedad dominante. **1.** *Infracción de la prohibición de adquirir participaciones propias.* **2.** *Adquisición por persona interpuesta.* **3.** *Infracción de la obligación de amortizar o enajenar.* **VI.** RÉGIMEN SANCIONADOR. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. Consideraciones previas

La sección 4.^a del capítulo IV de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), regula los negocios sobre las propias participaciones. Y ello a pesar de que dicha sección aparece bajo el título de “adquisición de las propias participaciones”, a diferencia de la también sección 4.^a del capítulo V del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) que con mayor corrección se denomina “de los negocios sobre las propias acciones”.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 no contenía regulación alguna sobre la adquisición de participaciones propias con la única salvedad de lo establecido en el artículo 20.1. En este precepto, tras reconocer a los socios un derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales que se pretendieran transmitir *inter vivos* a un extraño a la sociedad, se permitía, si los socios no ejercitaban ese derecho, que la sociedad adquiriese dichas participaciones; pero debe señalarse que dicha adquisición sería “para ser amortizadas, previa reducción del capital”. Esta ausencia de regulación hizo considerar a algunos autores [por ejemplo, CARLÓN SÁNCHEZ (2)], con criterio bastante permisivo, que se admitía que la sociedad pudiera adquirir sus participaciones tanto a título gratuito como oneroso debiendo en todo caso procederse a su amortización previa reducción de capital, salvo en los casos de adquisiciones gratuitas o con cargo a reservas, donde podrían repartirse entre los socios, aunque no venderlas a terceros, porque eso iría en con-

(2) CARLÓN SÁNCHEZ, L.: “Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial”, tomo XXIII. *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 270-271.

tra del carácter cerrado de la sociedad. Otros autores, como VELASCO ALONSO (3), con un criterio más restrictivo, consideraban admisibles las adquisiciones a título gratuito o por causa justificada debiendo en todo caso la sociedad proceder a la amortización de las participaciones adquiridas, cosa que podría tener lugar con cargo a capital, a beneficios o a reservas libres.

Por su parte, la vigente LSRL ha establecido un régimen más detallado sobre este tipo de adquisiciones. Como antecedente de esta regulación podemos considerar la normativa reguladora del régimen de negocios sobre acciones propias de la LSA, la cual, a su vez, trae causa en la segunda Directiva de la CEE en materia de sociedades, de 13 de diciembre de 1976, normativa que la LSA pretende trasponer. Sin embargo, como señala FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (4), la LSRL “no se ha limitado a copiar el régimen de anónimas, sino que ha introducido cambios importantes, que han supuesto un mayor rigor para las sociedades de responsabilidad limitada en cuanto a la adquisición de sus propias participaciones y negocios sobre las propias participaciones en general que para las sociedades anónimas”.

II. Fundamento de su regulación

Con la regulación de la adquisición de participaciones propias que, como veremos, es bastante restrictiva, se pretenden evitar una serie de peligros, a saber: en primer lugar, que mediante la adquisición de participaciones propias se esconda una reducción del capital social mediante restitución de las aportaciones a los socios, sin que aquí concurren las garantías que para acreedores y socios establece la propia Ley en los artículos 71, 79 y siguientes. En segundo lugar, que por los órganos de administración se haga uso de esta fórmula para reforzar su poder en la sociedad, utilizando el voto de las participaciones propias o buscando una reducción significativa del número de participaciones en manos de los socios con la siguiente minoración de los porcentajes necesarios para el control de la sociedad. Por último, cabe que mediante esta operación se favorezca a determinados socios en detrimento de otros adquiriéndoles

(3) VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 1981, pp. 218-219, citado por VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “Artículos 39 a 42”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coordinadores: I. Arroyo y J. M. Embid), Tecnos, 1997, p. 460.

(4) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.^a C.: “En torno a los negocios de asistencia financiera para la adquisición de las participaciones propias. *Private company versus* sociedad de responsabilidad limitada”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 219, enero-marzo 1996.

sus participaciones en condiciones más ventajosas. Todo ello sin olvidar los problemas dogmáticos referentes “a la imposibilidad de considerar a la sociedad como socio de sí misma (5), la cuestión de la capacidad de la sociedad y el de si tales operaciones caen dentro del objeto” (6).

Por el contrario, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de las sociedades anónimas, aquí no se corre peligro de que se altere el precio de las cuotas representativas del capital, habida cuenta que en las sociedades de responsabilidad limitada, dado su carácter de sociedad cerrada, no existe un mercado institucionalizado (arts. 5 y 9 LSRL).

En todo caso, como veremos más adelante, y a pesar de la identidad de razón respecto a la fundamentación de la restricción de la adquisición tanto de acciones como de participaciones propias (con la única salvedad de la alteración de sus precios de mercado), el régimen regulatorio para las participaciones sociales es mucho más restrictivo que el aplicable a las acciones propias. Esto es justificado por algunos autores, como VELASCO SAN PEDRO (7), argumentando que “la sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad cerrada, en la que además, las partes de socio no se representan en valores (sean éstos títulos o anotaciones en cuenta). Ello obliga, seguramente, a restringir el ámbito operativo de la sociedad en este punto, en particular en lo relativo al mantenimiento con carácter permanente de una autocartera de participaciones sociales y a la posibilidad de vender o transmitir libremente las participaciones adquiridas”. Sin embargo, este mismo autor reconoce que el legislador ha sido extremadamente riguroso y ha limitado una posibilidad de actuación que podría resultar conveniente en ciertos casos, sin justificación suficiente para ello. En el mismo sentido se manifiesta MEJÍAS (8), entendiendo que estas operaciones constituyen en ocasiones una forma legítima y eficaz en la consecución de fines positivos para la sociedad, erigiéndose en instrumento o mecanismo preciso para la reducción de capital en sociedades

(5) La prohibición de que una sociedad anónima adquiriese sus propias acciones se estableció por primera vez en Alemania mediante la *Aktienrechtnovelle* de 1870. En la Exposición de Motivos de dicha Ley se decía: “Tal adquisición no está en armonía con la esencia de la sociedad anónima; las acciones representan la titularidad de cada uno de los miembros de la sociedad y ésta no puede aparecer al mismo tiempo como una personalidad diferente de los accionistas y luego, por otra parte, como accionista mismo”. (Véase ZURITA SÁINZ DE NAVARRERE, J.: “La adquisición por la sociedad de sus propias acciones”, en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*. VV.AA. -dir. Ángel Rojo-, Civitas, 1987, p. 123.

(6) BLANCO CAMPAÑA, J.: “La adquisición por la sociedad de sus propias acciones”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 2; abril-junio 1981, p. 224.

(7) VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “Artículos 39 a 42”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coordinadores: I. Arroyo y J. M. Embid), Tecnos, 1997, p. 460.

(8) MEJÍAS GÓMEZ, J.: “El régimen de participaciones propias. La modificación de la disciplina sobre acciones propias”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada* (coord. U. Nieto), Dykinson, 1998, p. 483.

con patrimonio perecedero, así como en aquellas otras con decreciente necesidad de capital.

Cabe decir lo mismo en aquellos casos en que la adquisición de participaciones propias es accesoria a la finalidad de la operación en sí, como ocurre en los supuestos de fusiones o escisiones; para no ser exhaustivos, en determinados casos pueden evitar un daño grave e irreparable a la sociedad.

III. Régimen de los negocios sobre participaciones propias en el Derecho comparado

En el Derecho comparado encontramos diversas regulaciones de este supuesto. Así, comenzando por el Derecho alemán, el artículo 33 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 20 de abril de 1892 (9) prohíbe la adquisición y la toma en prenda de participaciones propias que no hayan sido plenamente desembolsadas (10). Será nulo el negocio obligacional relativo a la adquisición o pignoración en este supuesto.

La sociedad únicamente podrá adquirir participaciones propias, plenamente desembolsadas, con cargo a patrimonio existente por encima de la suma del capital social y constituyendo la reserva para participaciones propias establecida en el artículo 272, párrafo 4, del Código de Comercio, sin minorar por ello el capital social o la reserva cuya constitución se prevea en la escritura social, la cual no podrá utilizarse para efectuar pagos a los socios. La contravención de esta exigencia no hará ineficaz la adquisición o la pignoración. No obstante, después de la reforma de este precepto por la Ley de 28 de octubre de 1994 sobre Modificaciones Estructurales, se permite adquirir participaciones propias para compensar a socios en el marco de una modificación estructural de la sociedad (fusión, escisión o transformación de la sociedad), conforme a lo prevenido en dicha Ley, siempre que se produzca dentro de los seis meses siguientes a la eficacia de la modificación o como consecuencia de una resolución judicial y la sociedad pueda formar la señalada reserva por participaciones propias sin minorar el capital ni la reserva establecida, en su caso, en la escritura social.

(9) Véase "Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbHG), de 20 de abril de 1892". Traductores: J. M. Embid Irujo y K. Wrehde, en *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada* (Coordinadores: R. Bonardell, J. Mejías y U. Nieto), Dykinson, 1994, pp. 1201 y ss.

(10) Como se observa, en el Derecho alemán no se exige que las participaciones sociales estén íntegramente desembolsadas, siendo suficiente con que lo estén en una cuarta parte siempre que la suma de todas las aportaciones alcance un mínimo de veinticinco mil marcos (art. 7,2).

En el Derecho francés, la Ley n.º 66/537, de 24 de julio de 1966 (11), en el párrafo cuarto de su artículo 63, prohíbe la compra por la sociedad de sus propias participaciones sociales. No obstante, la asamblea que hubiera decidido una reducción del capital no motivada por pérdidas podrá autorizar al gerente a comprar un determinado número de participaciones sociales para su amortización.

Por su parte, el artículo 2.483 del *Codice Civile* italiano, no permite a la sociedad adquirir o recibir en prenda sus propias cuotas en ningún caso, si bien, doctrinalmente [SANTINI (12)], se considera que esta prohibición no alcanza a las adquisiciones gratuitas sean *mortis causa* o *inter vivos*.

Por último, en el Derecho suizo (13), el artículo 807 de su Código de Obligaciones revisado en 1936 prohíbe a la sociedad adquirir o tomar en prenda sus participaciones sociales no liberadas, a menos que sea en pago de créditos no derivados de la participación atribuida al socio. La adquisición sólo podrá tener por objeto participaciones íntegramente liberadas y deberá realizarse con cargo a patrimonio excedente de la cifra de capital social.

IV. La adquisición originaria

La LSRL distingue entre adquisición originaria (art. 39) y adquisición derivativa (art. 40). Como señala VELASCO SAN PEDRO (*Comentario arts. 39 a 42...*, p. 468) desde un punto de vista de política jurídica, resulta cuanto menos dudosa la conveniencia de realizar esta distinción por cuanto los peligros de ambas operaciones resultan en términos generales equivalentes, y también lo son, en su caso, las eventuales ventajas que pudieran resultar de su realización (piénsese, por ejemplo, en la adquisición –originaria o derivativa– de participaciones para facilitar su reparto a los trabajadores de la sociedad). Sin embargo, esta distinción se ha justificado por la supuesta mayor peligrosidad de las adquisiciones originarias respecto a las derivativas por cuanto las primeras afectarían a la cobertura inicial del capital social, sin perjuicio de que dicha distinción se reconoce, igualmente, en el régimen de las acciones propias establecido por la LSA.

(11) Véase “Ley n.º 66/537, de 24 de julio de 1966, y modificaciones posteriores de Sociedades Comerciales”. Traductores: F. J. León Sanz y A. Recalde Castels en *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada...*, pp. 1247 y ss.

(12) Citado por VELASCO SAN PEDRO (“Comentario arts. 39 a 42...”, p. 459).

(13) “Código de las obligaciones revisado en 1936”. Traductora: M.ª de la Sierra Flores Doña, en *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada...*, pp. 1285 y ss.

La redacción del artículo 39.1 es taxativa: “en ningún caso podrá una sociedad de responsabilidad limitada asumir participaciones propias, ni acciones o participaciones emitidas por sociedad dominante”. Como se observa, aquí se recoge no sólo el supuesto de adquisición originaria de participaciones propias sino también el de adquisición de acciones o participaciones de su sociedad dominante. Habida cuenta que este número 1 del artículo 39 hace mención expresamente a la sociedad de responsabilidad limitada, hay que entender que esta regulación es de aplicación a este tipo societario cuando sea la adquirente de participaciones propias o de acciones o participaciones de su sociedad dominante, ya que en el supuesto de adquisición de una sociedad anónima de las acciones de su sociedad dominante, será de aplicación el artículo 74.1 LSA.

Pero a pesar de esta aparente claridad en la redacción de este precepto así como en la del artículo 40.1, de cuya primera lectura podría derivarse la aplicabilidad de la LSRL en los supuestos en que la adquirente bien de forma originaria o bien de forma derivativa sea una sociedad de responsabilidad limitada, se ha planteado la duda de si la norma aplicable para los supuestos de adquisición de acciones de la sociedad dominante sería la LSA en lugar de la LSRL. Dicho de otra forma, si la norma aplicable sería la del tipo societario de la entidad cuyas acciones son adquiridas cuando ésta sea sociedad dominante o la de la sociedad adquirente. Se entendería, en el primer caso, que cuando en el artículo 74.1. LSA se prohíbe a la “sociedad” suscribir acciones emitidas por la sociedad dominante, este término genérico es aplicable no sólo a las sociedades anónimas sino también a las sociedades limitadas. Por el contrario, si acudimos a una interpretación literal de los artículos 39.1 y 40.1 LSRL, sería esta última norma la aplicable a toda adquisición (originaria o derivativa) de acciones de su sociedad dominante realizada por una sociedad limitada.

VELASCO SAN PEDRO (*Comentario arts. 39 a 42...*, p. 467) considera que en el supuesto de que la operación sobre acciones de la sociedad dominante sea realizada por una de responsabilidad limitada, se aplicará lo dispuesto en la LSRL (en este punto la LSRL derogaría implícitamente la LSA), no sin antes reconocer que es bastante extraño que la LSRL se ocupe de esta cuestión cuando la LSA establecía un régimen para las adquisiciones indirectas de acciones de la sociedad dominante que debía considerarse también aplicable a las sociedades dependientes que revistieran la forma de sociedades de responsabilidad limitada. En efecto, no existiría, en principio, justificación material para abordar de forma distinta las adquisiciones o negocios indirectos sobre acciones propias en función de la naturaleza de los sujetos que intervengan en la misma, sustituyendo la actuación directa de la sociedad emisora de las acciones en cuestión.

Por el contrario, otros autores se manifiestan en contra de la interpretación arriba descrita. En concreto, PANTALEÓN y PORTELLANO (14) realizan lo que ellos llaman una “interpretatio abrogans”. Tras denunciar el gravísimo error cometido por la LSRL de haber incluido en el ámbito de aplicación del artículo 39 (y también del 40 respecto a las adquisiciones derivativas) la adquisición por parte de la sociedad limitada de acciones emitidas por su sociedad dominante, al no haber tenido en cuenta que las adquisiciones (originarias y derivativas) llevadas a cabo por una sociedad limitada de acciones de su sociedad dominante se regían por los artículos 74 a 79 LSA; y ello porque el criterio delimitativo en esta materia del ámbito de aplicación de la LSA está en el tipo social de la sociedad dominante con independencia del tipo social de la entidad dominada adquirente. Y esto parece razonable, habida cuenta que es precisamente en el seno de la sociedad dominante donde se manifiestan todos los riesgos que esta normativa pretende evitar. En este sentido, lo que se prohíbe en los artículos 74 y siguientes de la LSA, son, más bien, determinadas adquisiciones por la sociedad dominante de sus propias acciones a través de sociedades dominadas, por lo que concluyen que el rótulo de esa sección de la LSA (de los negocios sobre las propias acciones) es bastante más exacto de lo que algún autor entiende (15).

Si nos atenemos a la dicción literal del artículo 39.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, nos conduciría a la siguiente situación: una operación de aumento de capital de una sociedad anónima sería perfectamente válida aunque otra sociedad anónima dominada por la primera hubiera suscrito la totalidad de las acciones emitidas (art. 74.2 LSA); sin embargo, sería nula en su integridad dicha operación si una sola de las acciones fuera suscrita por una sociedad limitada dominada por la sociedad anónima emisora (art. 39.1 LSRL). Parece obvio que esto es una contradicción.

Pero podemos llegar aún más allá, y es que con esta interpretación literal se vulneraría frontalmente lo establecido en la Directiva 92/101/CEE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1992, que ha añadido a la Directi-

(14) PANTALEÓN, F. y PORTELLANO, P.: “Comentario a los artículos 35 a 42”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia), 1999, pp. 390 y ss.

(15) Al criticarse el título de la sección 4.^a del capítulo IV de la LSA —“negocios sobre las propias acciones”—, se dice que hay negocios regulados en ella que no tienen por objeto acciones propias: “los de adquisición de acciones de la sociedad dominante o las participaciones recíprocas” (GARCÍA VILLAVARDE, R.: “Adquisición y aceptación en garantía por la sociedad de las propias acciones”, en *Derecho de Sociedades Anónimas II. Capital y acciones*. Vol. 2, AA.VV., p. 1335).

va 77/91/CEE (16), como letra "a" del apartado 1 del artículo 24 bis, el siguiente precepto: "la suscripción, adquisición o tenencia de acciones de la sociedad anónima por parte de otra sociedad, tal como se define en el artículo 1 de la primera Directiva [esto es, por una sociedad anónima, una sociedad comanditaria por acciones o *una sociedad de responsabilidad limitada*] en la que la sociedad anónima disponga directa o indirectamente de la mayoría de los derechos de voto, o sobre la que pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, tendrán la consideración de actividades realizadas por la propia sociedad anónima". De aquí se deduce que este precepto no admite una disciplina de la autocartera indirecta de la sociedad anónima distinta de la que rige su autocartera directa, cualquiera que sea el tipo societario de la entidad que adquiere las acciones de su sociedad dominante. De lo dicho, los citados autores PANTALEÓN y PORTELLANO, concluyen una interpretación derogatoria de lo establecido por la LSRL para los supuestos de que una sociedad limitada adquiera acciones de su sociedad dominante, postura que nosotros compartimos y de la que se manifiesta abiertamente contrario VELASCO SAN PEDRO (*Comentario arts. 39 a 42...*, p. 467). Debemos concluir, así, que nos encontramos ante un error del legislador y que la normativa aplicable será la del tipo de la sociedad dominante y, por tanto, en los supuestos de adquisición de acciones de su sociedad dominante por una sociedad limitada será de aplicación la LSA.

(16) El concepto de Directiva como norma comunitaria que requiere la participación de los órganos normativos de los Estados para su integración en los Derechos internos, está inspirado en la llamada eficacia indirecta. No obstante, hay que señalar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido excepcionalmente efecto directo a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las directivas en los supuestos de no trasposición o desarrollo incorrecto de la misma por las autoridades de los Estados miembros. Pero el efecto directo de las directivas sólo puede ser invocado por los particulares frente al Estado (efecto directo vertical) ya que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha rechazado, por el momento, la posibilidad de que las directivas no desarrolladas puedan desplegar un efecto directo horizontal, esto es, que puedan ser invocadas por un particular frente a otro (en especial la Sentencia de 14 de julio de 1994, FACCINI, Dori).

En todo caso, y esto es lo que ahora nos importa, las normas internas dictadas sobre la base de normas comunitarias están subordinadas a éstas y los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar su Derecho interno a la luz del texto y de la finalidad de las normas comunitarias. En este sentido, la sentencia *Marleasing* afirmó que "al aplicar el derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189". Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de carácter complementario están, por consiguiente, también, regidas por el principio de primacía del Derecho comunitario (DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, 1998, pp. 557 y 558).

A) Supuestos de adquisición originaria.

En el artículo 39 LSRL podemos distinguir los siguientes supuestos de adquisiciones originarias: asunción de participaciones en la constitución de la sociedad adquirente, asunción de participaciones con ocasión del aumento de capital de la sociedad adquirente, asunción de participaciones en la constitución de la sociedad dominante y asunción de participaciones en el aumento de capital de la sociedad dominante.

1. *Asunción de participaciones en la constitución de la sociedad adquirente.*

Esta situación es legalmente inadmisibles y ello porque de acuerdo con el artículo 4 de la LSRL el capital social “desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado” y si por cualquier razón esto no ocurriera, la constitución sería nula (art. 16.1.d LSRL). Por eso debemos concluir con PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 397) que el artículo 39.1 LSRL no resulta de aplicación al supuesto de autoasunción en fase de constitución por imposibilidad legal de que llegue a producirse aquélla en este momento.

Sí cabría, por el contrario, que esta asunción se realizase a través de persona interpuesta pero en este caso entraría en juego el número 2 del artículo 39, de forma que los fundadores y, en su caso, los administradores, responderán solidariamente del reembolso de las participaciones asumidas.

2. *Asunción de participaciones con ocasión del aumento de capital de la sociedad adquirente.*

Distingamos a su vez si el aumento de capital es oneroso, esto es, con nuevas aportaciones, o si es con cargo a reservas, o lo que es lo mismo, el aumento es gratuito. En el supuesto de aumento oneroso de capital, la autoasunción de participaciones está prohibida. Como señalan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 397), “la lógica de la prohibición estriba en que si una sociedad decide aumentar su capital contra aportaciones, es porque necesita nuevos medios patrimoniales para desarrollar su empresa. Un aumento de capital oneroso no debe canalizarse por medio de una autoasunción de participaciones con cargo a reservas. Si la sociedad dispone de reservas, ha de acudir al aumento de capital gratuito”.

Tampoco podrá ejercer la sociedad el derecho de asunción preferente que hubiera adquirido de sus socios. La transmisión del derecho de asunción preferente por parte de un socio a la sociedad no está sometida

do a regla alguna restrictiva de la transmisibilidad de las participaciones; sí lo estaría, en cambio, la ulterior transmisión de la sociedad a otro sujeto (art. 75.3 LSRL). Habida cuenta que la contravención de esas restricciones comportaría la nulidad de la transmisión y, si se hubiera producido el ejercicio del derecho de asunción, la nulidad de las nuevas participaciones, en ningún caso la sociedad adquiriría nuevas participaciones sociales en su aumento de capital. En este caso sería de aplicación el artículo 77 LSRL referente al aumento incompleto de capital.

Cuando el aumento de capital se realice con cargo a reservas (aumento gratuito), podría pensarse que la autoasunción de participaciones sociales sería admisible habida cuenta que no se produce el peligro antes apuntado en la autoasunción de los aumentos onerosos. Sin embargo, esto *no es así. En ningún caso es admisible la autoasunción, ni tampoco la que* ahora nos ocupa, ya que la sociedad, en ningún momento, puede ser socia de sí misma y, en consecuencia, nunca podrá ser beneficiaria de una asignación gratuita de participaciones. Y ello porque, aunque el artículo 40.1 LSRL establece en qué supuestos la sociedad de responsabilidad limitada puede adquirir sus propias participaciones, el número 2 de ese mismo artículo exige que dichas participaciones propias sean *inmediatamente* amortizadas, de lo que puede deducirse que las participaciones sociales desde el mismo momento de su adquisición quedan vacías de contenido y, por tanto, no generan derecho de socio alguno, o dicho de otro modo, los acuerdos de la Junta General de adquisición de las participaciones y de reducción del capital social se adoptarán de forma simultánea.

Sin embargo, de los tres supuestos en los que es admisible la adquisición derivativa, en dos de ellos sí se producirá simultáneamente la adquisición y la amortización: así, cuando las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción de capital adoptado por la Junta General; igualmente, cuando se adquieran en el supuesto de *enajenación forzosa* (art. 31.3 LSRL), *de forma que en el momento en el* cual la sociedad, si así lo admiten sus estatutos, se subroga en lugar del rematante, simultáneamente acordará la reducción del capital social.

Pero no cabe que esto ocurra en el supuesto contemplado en el artículo 40.1.a), esto es, cuando dichas participaciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal o sean adquiridas a título gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas. Cabría así, en hipótesis, que con posterioridad al acuerdo de aumento del capital social con cargo a reservas, la sociedad adquiera, por ejemplo por herencia, las participaciones de uno de los socios. En este caso sí que habrían nacido los derechos de suscripción preferente. En este caso la sociedad podría transmitirlos, lógicamente, con sujeción a las reglas restrictivas de la transmi-

sibilidad de las participaciones, debiendo seguirse un procedimiento que respete el principio de igualdad de trato entre los socios, o ejercerlo, si bien en este último caso, la misma Junta General que acordase este ejercicio de los derechos de asunción preferente debería acordar la simultánea reducción del capital social, para dar así cumplimiento a lo establecido en el artículo 40.2 LSRL.

Como señala VELASCO SAN PEDRO (17), “tan inmediata tiene que ser la anulación o amortización de las participaciones propias que la LSRL se desentiende del régimen de la tenencia de las participaciones en sí misma considerada, no estableciendo la regla habitual para estos casos de que quedan en suspenso los derechos sociales correspondientes, como hace la LSA (art. 79). Hubiera sido deseable una mayor claridad en el texto legal en este punto, pero con todo, de las finalidades de política jurídica que animan la regulación de los negocios sobre las propias participaciones, así como de la referida inmediatez de la amortización, se deduce que tales participaciones en ningún caso atribuirán derecho alguno a la sociedad. A mi juicio, además, aquí no cabe hablar de suspensión de derechos, como en las acciones propias, sino directamente de su extinción, una vez que la sociedad adquiere la titularidad de las participaciones. En este sentido, se puede decir que, aun antes de su amortización como elementos representativos de la posición jurídica de socio, las participaciones, por el mero hecho de pasar a ser propiedad de la sociedad emisora, han quedado vacías de sustancia: ya no atribuyen derecho de socio alguno”.

3. Asunción de participaciones en la constitución de la sociedad dominante.

Desde el punto de vista práctico, es muy difícil que este supuesto se dé, ya que antes de la constitución de la sociedad no podría hablarse de relaciones de dominación o dependencia societaria. Sin embargo, pueden producirse situaciones materialmente equivalentes y, así, siguiendo el ejemplo recogido por otros autores (VÁZQUEZ, siguiendo a un célebre tratadista italiano y PANTALEÓN y PORTELLANO –ob. cit., p. 400– siguiendo a VÁZQUEZ), cabría imaginar que uno o varios fundadores aporten la mayoría del capital de otra sociedad (la que será dependiente) que a su vez interviene ella misma como fundadora de una sociedad que, una vez constituida, se transformará en su sociedad dominante. Pero esta hipótesis debería entenderse contemplada en la referencia a los fundadores del

(17) VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “Las excepciones a la prohibición de que una sociedad limitada adquiera sus propias participaciones”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*. Vol. 1, 1999, p. 722.

apartado 2 del artículo 39 LSRL. Como señalan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 400) “por su inhabitualidad, resulta sorprendente que en este punto la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se muestre más correcta que el nuevo apartado 2 del artículo 74 LSA, introducido por el apartado 3 de la disposición adicional segunda LSRL. Mientras que se sigue mencionando a los fundadores en el segundo inciso del artículo 74.2 LSA en lo concerniente a la autosuscripción de acciones –hipótesis imposible–, en cambio no se habla de ellos en el tercer y último inciso de ese mismo artículo 74.2 LSA relativo a la suscripción de acciones de la sociedad dominante –que es la hipótesis en la que es imaginable la intervención, y consecuente responsabilidad, de los fundadores–”. Estos autores se inclinan a pensar que se trata de una mera distracción del legislador de la LSRL que modifica el artículo 74 LSA que debe ser subsanada por el intérprete.

4. Asunción de participaciones en el aumento de capital de la sociedad dominante.

Obsérvese que aunque el artículo 39.1 LSRL habla también de acciones de la sociedad dominante, aquí hacemos omisión de este supuesto por considerar, como se ha señalado anteriormente, que a ese supuesto le es de aplicación la LSA.

También aquí vamos a distinguir si el aumento de capital es oneroso o gratuito. Cuando el aumento es oneroso no cabrá asunción de participaciones de la sociedad dominante. Ahora bien, cabría preguntarse si hay un derecho de asunción preferente y, por tanto, podría ser transmisible, en los supuestos en que la sociedad limitada tenga participaciones de la sociedad dominante en virtud de una adquisición derivativa admitida de acuerdo con el artículo 40.1 LSRL (que deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde su adquisición). Este mismo precepto continúa señalando que en tanto no sean enajenadas, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 79 de la LSA.

De acuerdo con el artículo 79, norma primera LSA (18), quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políti-

(18) Obsérvese que el segundo párrafo de la norma primera del artículo 79 LSA hace mención sólo a “acciones propias” y no, como ocurre en el párrafo primero, a “acciones propias y de la sociedad dominante”. Podría así interpretarse que este segundo párrafo no es de aplicación a los supuestos de acciones de la sociedad dominante (y en nuestro caso a las participaciones sociales). Sin embargo, considero que este párrafo debe ser interpretado a la luz del anterior y entenderlo referido tanto a acciones propias como a las de la sociedad dominante. Si se interpretase lo contrario, es claro que no cabría hablar aquí, como hemos hecho nosotros, de un derecho de asunción preferente por parte de la sociedad dominada.

cos (19) incorporados a las acciones propias y a las de la sociedad dominante. “Los derechos económicos inherentes a las acciones propias *excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones*, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones”. Por tanto, el derecho de asignación gratuita de nuevas participaciones estará en posesión de la sociedad limitada dominada y, si bien es claro que no podrá ejercerlo por las razones ya vistas, sí cabrá, a nuestro juicio, su transmisión, debiendo respetarse lo establecido en el artículo 75.3 LSRL. En el supuesto de aumento con cargo a reservas también existirá ese derecho de asignación gratuita correspondiente a las participaciones de la sociedad dominante que se posea en el *interin* antes de su enajenación. En este tipo de aumento de capital social no se produce, además, el peligro que concurría en el caso anterior y que es la *ratio* de la prohibición, esto es, la integridad del capital de la sociedad.

B) Consecuencias de Derecho privado por la adquisición originaria de participaciones propias o de la sociedad dominante.

Sin perjuicio del régimen sancionador recogido en el artículo 42 LSRL que será objeto de un análisis posterior, cabe preguntarse sobre las consecuencias de Derecho privado que puede provocar la infracción de las normas referentes a la adquisición originaria de participaciones propias.

Como ha señalado la doctrina (VELASCO SAN PEDRO, —ob. cit., p. 471— y PANTALEÓN y PORTELLANO —ob. cit., p. 404—, entre otros) resulta curioso que la LSRL no se ocupe de esta cuestión salvo en los supuestos de que en la adquisición originaria haya intervenido una persona interpuesta que, aun siendo un supuesto importante, no deja de ser un caso concreto de aplicación de la prohibición; más aún cuando en sede de sociedad anónima sí es regulado (art. 74 LSA).

Como dice VELASCO SAN PEDRO “dados los antecedentes de reglamentación de la LSA, así como la regulación del caso concreto a que se ha hecho referencia, creo que revela una intención de peculiarizar la solución de estos supuestos en la sociedad de responsabilidad limitada, que descarta una aplicación simétrica y acrítica de las previstas en la LSA, aunque ciertamente hubiera sido de agradecer que el legislador hubiera sido en este punto algo más explícito”.

(19) Como señalan GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ (*El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima. Comentarios y jurisprudencia*. Editorial Comares, 1991, p. 398), por lo que se refiere al resto de los derechos políticos, “la suspensión es prácticamente intrascendente, bien porque su ejercicio sería lógicamente imposible, bien porque los objetivos pueden conseguirse por otros cauces”.

Veamos las consecuencias de la asunción de participaciones propias o de la sociedad dominante distinguiendo los distintos casos:

1. Asunción de participaciones propias realizada directamente por la sociedad.

En el régimen establecido en el artículo 74 LSA para el supuesto de suscripción de acciones propias, se mantiene la validez y la eficacia del negocio jurídico entendiendo que la sociedad se hace propietaria de las acciones y atribuyendo la obligación de desembolso de forma solidaria a los fundadores o promotores o, en caso de aumento, a los administradores. Sin embargo, no puede entenderse aquí que existe aplicación analógica al supuesto de participaciones propias, y ello porque el artículo 4.1 del Código civil exige para que haya aplicación analógica la existencia de “identidad de razón” entre el supuesto legalmente previsto y el que no lo está. Y aquí no existe dicha identidad de razón porque, si bien en el supuesto de acciones propias es admisible que la sociedad se haga su propietaria (autocartera del 5 o del 10% según se trate o no de acciones cotizadas), respecto a las participaciones propias la LSRL se manifiesta contraria a cualquier solución que implique una posesión, aunque sea interina, de dichas participaciones e impone, incluso en los supuestos de adquisición permitida, su automática amortización. Por tanto, y por aplicación directa del artículo 6.3 del Código civil, que establece con carácter general que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho”, debemos entender que dicha nulidad debe predicarse de la autoasunción de participaciones propias.

2. Asunción de participaciones sociales realizada por una persona interpuesta.

La asunción de participaciones realizada por una persona interpuesta está expresamente regulada en el apartado 2 del artículo 39 LSRL, según el cual, en estos casos los fundadores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del reembolso de las participaciones asumidas, quedando exentos de responsabilidad, a tenor del apartado 3, quienes demuestren no haber incurrido en culpa.

Encontramos aquí un evidente paralelismo con el artículo 74.3 LSA. Como acertadamente señalan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 410), el término “reembolso” es incorrecto, y debe sustituirse por el de “desembolso” como, por otra parte, ha puesto de manifiesto la doctrina al estudiar la autocartera de la sociedad anónima y, más en concreto, el artículo 74.3 LSA, que es el que se ha traspasado al 39.2 LSRL. Podría

objetarse que en las sociedades limitadas, a tenor del artículo 4 LSRL, el desembolso ha de ser íntegro desde el origen. Pero, como señalan los citados autores, no puede descartarse que esto ocurra en el supuesto de aportaciones no dinerarias (art. 21.1 LSRL). En todo caso debe recordarse que a tenor del artículo 17.3 LSRL, “los socios, cuando se dé el supuesto del artículo 16.1.d [nulidad por no haberse desembolsado íntegramente el capital social] de esta Ley, estarán obligados a desembolsar la parte del capital social suscrita y no desembolsada íntegramente”.

Del artículo 39.2 LSRL se deduce la validez de la asunción de participaciones sociales realizada por persona interpuesta, entendiéndose que ésta deviene en titular de las mismas. Y ello, no sólo porque la Ley descarta la posibilidad de que la sociedad sea titular de sus propias participaciones, sino también porque es la consecuencia general en los supuestos en los que el mandatario actúa en nombre propio (las personas con quienes ha contratado el mandatario no tienen acción contra el mandante ni éste contra aquéllas; el mandatario es el obligado directamente como si el negocio fuera suyo –art. 1717 C.c.–).

Además, al convertirse en socio la persona interpuesta, podrá ejercer todos sus derechos, entre ellos el de voto. Ni la LSA ni la LSRL se han decantado por privarle del derecho de voto tal y como ha propugnado un sector doctrinal. Esta privación hubiera permitido alcanzar alguno de los resultados que la Ley quiere evitar: la posibilidad de que los administradores se valgan de las participaciones propias para influir en el funcionamiento y decisiones de la Junta General (20).

Como señala DÍEZ-PICAZO (21), un ordenamiento que prohíba o imponga restricciones a la suscripción o adquisición derivativa de acciones propias, frente al fenómeno de la adquisición por persona interpuesta puede optar por tres alternativas: equiparar al régimen general el supuesto de utilización de persona interpuesta; declarar nula la relación interna de interposición; y una combinación de las dos anteriores que consiste en adoptar la segunda cuando la operación se encuentra prohibida y la primera en los demás casos. El artículo 88.1 LSA opta por la tercera de estas alternativas: “cargar sobre la persona interpuesta la contraprestación parece que es el mejor modo de desincentivarla”.

Esta misma línea sigue la LSRL, de cuyo artículo 39.2 se deduce la validez de la asunción de las participaciones sociales por la persona interpuesta; y presupuesto de la misma es la nulidad del acuerdo de interpo-

(20) PAZ-ARES, C. “Negocios sobre las propias acciones”, en *La reforma del Derecho español en materia de sociedades de capital*, coordinadores Alonso Ureba, Chico, Lucas, 1987, pp. 490 y 491.

(21) DÍEZ-PICAZO, L.: “Los negocios de la sociedad con las propias acciones”, en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, AA.VV., Civitas, 1995, pp. 208 y 209.

sición entre dicha persona y la sociedad. Además, el apartado 1 del artículo 88 LSA es aplicable a las participaciones recíprocas de las sociedades limitadas por virtud del artículo 41 LSRL y, por tanto, “se reputará nulo cualquier acuerdo entre la sociedad y otra persona en virtud del cual ésta se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio pero por cuenta de aquélla, alguna de las operaciones que en esta sección se prohíbe realizar a la sociedad”; nulidad que es consecuencia de la prohibición de realizar adquisiciones originarias.

En estas adquisiciones, la responsabilidad por desembolso alcanza a los fundadores o primeros socios, en el supuesto de constitución de la sociedad, y a los administradores en el caso de aumento de capital. La responsabilidad de todos ellos es solidaria. El fundamento de esta responsabilidad solidaria (aunque subsidiaria respecto de la persona interpuesta) se encuentra en el papel que asumen los fundadores o, en su caso, los administradores, en la adquisición originaria a través de persona interpuesta. Parece claro que se trata de las que dirigen en cada caso el proceso de asunción de las participaciones, y si dirigen tal proceso, cabe suponer su intervención en la concertación con la persona interpuesta. Como señala VELASCO SAN PEDRO (*Comentarios...*, p. 473) esta responsabilidad no es de carácter objetivo sino por culpa. No obstante, se invierte la carga de la prueba de manera que para quedar exonerado, tal como establece el artículo 39.3 LSRL, será preciso que el fundador o administrador acredite la ausencia de culpabilidad.

Esta responsabilidad consiste en desembolsar las participaciones asumidas y no en reintegrar a la sociedad el importe de lo que haya adelantado para facilitar la asunción de la persona interpuesta. Evidentemente, los administradores deberán reintegrar a la sociedad los fondos sociales que, en su caso, hubieran adelantado a la persona interpuesta, pero esta responsabilidad deriva del artículo 133 LSA que es de aplicación a la sociedad limitada por remisión del artículo 69.1 LSRL, y no por virtud del analizado artículo 39.2 LSRL.

Si la persona interpuesta hubiera adelantado los fondos precisos para la asunción de participaciones sociales, no podrá reclamar su restitución ni a la sociedad, ni a los fundadores, ni, en su caso, a los administradores. El apartado 2 del artículo 39 LSRL está dictado exclusivamente en favor de la sociedad y, en su caso, de los acreedores sociales, al margen de que la persona interpuesta ha adquirido la titularidad de las participaciones asumidas y se ha convertido en socio. La inexistencia de acciones de la persona interpuesta para reintegrarse es una consecuencia de la aplicación del principio establecido en el artículo 1.306 del Código civil (en los supuestos de nulidad del contrato por ser ilícita causa, cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo

que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido). Y por aplicación del mismo principio, los fundadores o administradores que se vean obligados a desembolsar el importe de las participaciones asumidas por la persona interpuesta, no tendrán acción alguna para reclamarle su reintegro ni la entrega de las participaciones.

3. Asunción de participaciones de la sociedad dominante realizada por una sociedad dominada.

A diferencia del régimen de la LSA (art. 74, 2 y 3), la LSRL no ha establecido un régimen distinto para los supuestos de persona interpuesta y de adquisición por sociedad dominada. Esto ha llevado a pensar a algún autor (VELASCO SAN PEDRO, p. 474) que estaríamos ante un caso particular de asunción a través de persona interpuesta.

No compartimos esta opinión (en el mismo sentido, PANTALEÓN y PORTELLANO, ob. cit., p. 408) de forma que, a nuestro juicio, no debe extenderse a las adquisiciones efectuadas por la sociedad dominada el régimen de las adquisiciones realizadas por persona interpuesta. Aquel supuesto debe entenderse incluido en el artículo 39.1, ya que, como hemos dicho anteriormente, el tipo social de la sociedad dominante determina la ley aplicable, en nuestro caso, la LSRL, y cuando la dominada lleve a cabo una asunción originaria de participaciones de la sociedad limitada dominante, habrá de aplicarse el artículo 39.1 LSRL que, en conexión con el artículo 6.3 del Código civil, acarrea la nulidad del negocio jurídico. La LSRL no diferencia entre las adquisiciones llevadas a cabo por la propia sociedad y por la sociedad dominada, porque carece de sentido identificar distintos sujetos responsables; en efecto, mientras la infracción de la prohibición de adquisiciones originarias en la sociedad anónima no acarrea nulidad (art. 76 LSA), en la limitada sí la comporta (art. 63 C.c.).

V. La adquisición derivativa

El artículo 40 LSRL, bajo el título adquisición derivativa, regula el régimen jurídico de dicha forma de adquisición de participaciones propias. Pero el mismo artículo, en sus números 4 y 5 regula lo que podríamos considerar como “negocios conexos” con la adquisición derivativa de participaciones propias; o dicho de otro modo, formas indirectas de adquirir potencialmente dichas participaciones.

Si el régimen jurídico de la adquisición originaria de participaciones

propias o de la sociedad dominante estaba inspirado por el criterio de prohibición absoluta, el régimen que ahora estudiamos podríamos calificarlo de *prohibición relativa*, si bien, a pesar de seguirse a este respecto la LSA, el régimen que configura la LSRL es mucho más riguroso que aquél. Y ello porque la LSA recoge un sistema que admite la posibilidad de realizar la adquisición derivativa de acciones propias o de la sociedad dominante, si bien, con determinados límites y requisitos, pero admitiendo a la sociedad anónima un campo de actuación relativamente amplio y, además, descausalizado, esto es, la sociedad puede realizar dichas operaciones de adquisición sin que éstas obedezcan a una causa concreta. Por el contrario, el régimen de adquisición derivativa de participaciones propias o de la sociedad dominante es mucho más limitado, estableciéndose, como norma general, la prohibición y exceptuándose sólo en determinados casos y siempre de manera causalizada.

Antes de entrar en el análisis del régimen legal establecido para las adquisiciones derivativas, debemos de nuevo hacer alusión al ámbito de aplicación del artículo 40 LSRL, de igual modo que lo hicimos respecto al artículo 39. Evidentemente, en aquel caso, va a afectar no sólo a la adquisición derivativa sino también a los que hemos denominado negocios conexos.

Por las razones que ya apuntamos, consideramos que el régimen del artículo 40 LSRL no es aplicable a la adquisición derivativa de acciones emitidas por la sociedad dominante. Hemos partido del principio de que el régimen aplicable será el correspondiente a la sociedad dominante y, por tanto, si ésta es anónima, la adquisición de sus acciones por una sociedad limitada seguirá estando regida por la LSA, a pesar de que la dicción literal del artículo 40 en sus números 1, 3, 4 y 5 hace mención a las acciones emitidas por la sociedad del grupo al que pertenezca la limitada.

Como ya se ha dicho anteriormente, la configuración del régimen de adquisición derivativa de participaciones propias es mucho más restrictivo que el referente a las acciones propias. La exposición de motivos de la LSRL fundamenta esta estricta regulación en la necesidad de separar con claridad el tipo societario de la anónima del de la limitada, caracterizándose este último, fundamentalmente, por su carácter cerrado. Y en este carácter se fundamenta la prohibición de recurrir al ahorro colectivo como medio directo de financiación así como “la severa limitación de los supuestos de adquisición de participaciones propias”.

Pero como señalan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 423), resulta muy poco convincente esta argumentación. El carácter de sociedad cerrada que tiene la limitada no es motivo suficiente para establecer un régimen más estricto que en las sociedades anónimas. En ambas resulta

indispensable prohibir todo aquello que lesione el principio de efectividad e integridad del capital social, y por ello, deberían sólo estar prohibidas aquellas adquisiciones que supusieran un riesgo para ese principio; por tanto, las adquisiciones originarias y las derivativas que *no* pudieran ser financiadas con cargo a beneficios o a reservas libres.

Es obvio que las sociedades limitadas, al no tener acceso a los mercados de valores, no necesitan de autocartera para realizar una cierta política de regularización de su cotización. Pero en igualdad de condiciones se encuentran las sociedades anónimas no cotizadas y, sin embargo, a éstas se les permite un porcentaje de autocartera de hasta el 10% de su capital social. Podrá argumentarse que las acciones son naturalmente transmisibles mientras que las participaciones están sometidas en cuanto a su transmisión a un régimen legal restrictivo. Pero, precisamente por ello, las participaciones sociales se encuentran con ciertos problemas de liquidez que no padecen las acciones de sociedades no cotizadas.

A este respecto entiende BERCOVITZ (22) que se produce aquí una discriminación respecto al régimen de las sociedades anónimas. Recuerda que tanto en Alemania (parágrafo 33 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) como en Suiza (art. 807 del Código de Obligaciones), se permite que la sociedad de responsabilidad limitada pueda adquirir sus propias participaciones, siempre que estén totalmente liberadas y se haga con cargo a fondos que excedan del patrimonio vinculado al capital social. Entiende que esta prohibición no es consustancial con el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada y que podría haberse permitido la adquisición de las participaciones cuando se hace con cargo a fondos ajenos al capital social, constituyendo una reserva correspondiente al importe de las participaciones adquiridas.

Una regulación más flexible del régimen de adquisición derivativa de participaciones propias hubiera permitido a los socios liquidar su inversión cuando ninguno de los restantes deseara o pudiera adquirir las participaciones. De esta forma, podrían quedar temporalmente en manos de la sociedad hasta que se consiguiera un socio aceptable para todos los demás o que estos últimos se pusieran de acuerdo respecto a la forma de distribuir entre ellos las participaciones del socio saliente, ahorrándose, así, los costes que implica una reducción y un posterior aumento de capital.

(22) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", en *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada* (Coord. R. Bonardell, J. Mejías y U. Nieto), Dykinson, 1994, p. 105. Igualmente en "Luces y sombras en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada* (dir. U. Nieto Carol), Dykinson, 1998, p. 50.

Este problema de iliquidez no se ve resuelto por la posibilidad estatutaria de que se recoja un derecho de adquisición preferente a favor de la sociedad ya que, en todo caso, por aplicación del artículo 40.2 LSRL las participaciones “deberán ser inmediatamente amortizadas”. Desde luego hubiera sido preferible que, por lo menos, en los supuestos de adquisición derivativa de participaciones propias que formasen parte de un patrimonio adquirido a título universal o que fuesen adquiridas a título gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas, se hubiera concedido un *plazo, aunque reducido, para su enajenación a un tercero aceptable para todos los socios.*

A) Supuesto de hecho de aplicación del artículo 40 LSRL: la adquisición.

La LSRL, al igual que la LSA, no define ni enumera los actos o negocios jurídicos que pueden conducir a la adquisición, a diferencia del Derecho francés donde el artículo 63.4 de la Ley de Sociedades Mercantiles habla de “compra” (achat). Por adquisición derivativa debemos entender toda adquisición a título pleno no realizada en el momento fundacional ni en un aumento de capital social; y por adquisición a título pleno entendemos todo acto o negocio que permita transferir a una sociedad la titularidad de sus propias participaciones o de las de su sociedad dominante. Aquí debe incluirse la compraventa, la permuta, la dación en pago, la transacción, la adjudicación judicial, la donación, el legado (si bien estos tres últimos casos están exceptuados de la prohibición),...

Podrían considerarse otro tipo de contratos como por ejemplo el préstamo, pero, entendemos, que este negocio jurídico no es aplicable a las participaciones sociales y ello porque el objeto de los mismos debe ser una cosa y no un derecho. Así, mientras cabe el préstamo de acciones, ya que éstas pueden incorporarse a un título, no se entiende posible el préstamo de participaciones sociales ya que, a tenor del artículo 5.2 de la LSRL, nunca pueden estar representadas por medio de títulos. Cabe decir lo mismo del depósito irregular.

Pueden también incluirse como transmisión plena los supuestos que impliquen sucesión patrimonial universal a favor de una sociedad, cuando dentro del mismo haya participaciones propias o de su sociedad dominante. Tal sería el caso de los supuestos de herencia, fusión y escisión de sociedades aunque estos supuestos también están exceptuados del régimen general de prohibición.

Se plantean más dudas en cuanto a las *adquisiciones limitadas*. Este sería el caso de la constitución o transmisión a favor de una sociedad de

un derecho real limitado de goce, esto es, un usufructo, sobre sus propias participaciones o sobre las participaciones de su sociedad dominante. VELASCO SAN PEDRO (*Comentarios...*, p. 477) considera incluido este supuesto toda vez que en el artículo 609 del Código Civil, cuando se habla de adquisición se dice “de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes”, al margen de entender que buena parte de los peligros que puede producir la adquisición plena son también predicables de las adquisiciones limitadas (así el uso indebido del derecho de voto para reforzar el poder de los administradores y/o del grupo de control).

En sentido contrario se manifiestan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 421). Señalan estos autores que ya de por sí es bastante restrictivo el régimen de adquisición derivativa como para extenderlo analógicamente al supuesto de constitución de usufructo. No encuentran causa suficiente para impedir que todos los socios (excepto el nudo propietario) se beneficien del usufructo por lo que atañe a los dividendos ligados a la participación o participaciones en usufructo, y ello porque si se defiende la aplicación analógica habría que entender aplicable el apartado 2 del artículo 40 LSRL y por tanto se impondría la amortización inmediata de las participaciones propias así adquiridas y, en el caso que nos ocupa, de renuncia inmediata por parte de la sociedad al derecho de usufructo (art. 513.4.º del Código civil); y si se tratara de usufructo sobre participaciones de la sociedad dominante, la usufructuaria (la sociedad dominada) se vería obligada a transmitir el derecho de usufructo en el plazo máximo de un año por aplicación del apartado 3 del artículo 40 LSRL. Estos autores consideran lícita la constitución en favor de la sociedad de un derecho de usufructo sobre participaciones propias o de la sociedad dominante, siendo indiferente si tiene su origen en un negocio oneroso o gratuito (VELASCO SAN PEDRO comparte esta opinión respecto al usufructo gratuito). Si se hubiera constituido onerosamente, para contrarrestar los peligros que pudieran originarse, bastaría con que la sociedad tuviera medios libres para pagar el precio. Y tanto si lo ha adquirido onerosa como gratuitamente, serán de aplicación por analogía las reglas contenidas en el artículo 79 LSA sobre el régimen de las acciones propias. Así, los dividendos derivados de las participaciones usufructuadas se repartirán proporcionalmente entre los socios, con la única excepción del nudo propietario; los derechos políticos quedarán en suspenso cuando estatutariamente se haya establecido que en los supuestos de usufructo, el usufructuario sería quien tuviera el derecho de voto, llegándose a la misma conclusión respecto a la suspensión de este derecho, cuando aun faltando dicha previsión estatutaria, el título constitutivo del usufructo asigna la titularidad (interna) del derecho al usufructuario; y, en definitiva, también serán de aplicación las normas del artículo 79 LSA

respecto al cómputo de mayorías, obligación de constitución de una reserva especial y las referencias que habrá de contener el informe de gestión.

B) Régimen general de adquisición derivativa de participaciones propias: prohibición.

La regla general establecida en el artículo 40.1 LSRL es la de prohibición de adquirir sus propias participaciones o las participaciones de su sociedad dominante. Esta prohibición se deduce de la utilización del adverbio “sólo” para señalar los casos en que se admite dicha adquisición, que son, por tanto, la excepción.

El régimen de prohibición absoluta de adquisiciones originarias establecido en el artículo 39 LSRL se flexibiliza ahora en la adquisición derivativa de forma que podemos hablar de *prohibición relativa* y ello, como veremos más adelante, porque se recogen tres supuestos en los que se exceptúa esta prohibición.

En todo caso nos encontramos ante un régimen mucho más restrictivo que el establecido en la LSA; basta para ello comparar el contenido de este artículo 40 LSRL con los artículos 75, 77 y 78 de la LSA. El régimen establecido en esta última es de admisión de la adquisición derivativa con ciertos límites y requisitos; por tanto, la sociedad anónima disfruta de una libertad de actuación relativamente amplia y, además, descausalizada. No es así, como ya ha quedado dicho, el régimen de adquisición derivativa de participaciones propias o de la sociedad dominante.

C) Excepciones a la prohibición de adquisición derivativa.

Las posibilidades que tiene la sociedad de adquirir sus propias participaciones o las de la sociedad dominante son muy limitadas; podría decirse que la relación contenida en el artículo 40.1 LSRL “ha de considerarse cerrada” (23). Pero, como señalan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 427), “ello no significa, sin embargo, que el intérprete se halle maniatado por la literalidad legal. Siempre que la *ratio* de la permisión no guarde estricta correspondencia con lo que literalmente se admite, podrá procederse a una restricción teleológica o a su ampliación analógica. Los cánones hermenéuticos no ligan listas cerradas a la indiferencia para con la finalidad de la norma. Y en esa medida, el exégeta debe rea-

(23) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Adquisición por la sociedad de sus propias participaciones”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, tomo I, 1996, p. 533.

justar la literalidad legal a esa finalidad. El legislador, aun cuando su decisión sea (discutible) deducible, sabe lo que quiere, pero puede errar en el empleo de los términos que articulen su voluntad”.

Los supuestos admitidos de adquisición derivativa que se encuentran recogidos en el artículo 40.1 pueden agruparse de la siguiente forma: por un lado, las adquisiciones a título universal, a título gratuito y las derivadas de adjudicación judicial; por otro, las adquisiciones para reducir capital; y, por último, las adquisiciones derivadas de la hipótesis regulada en el artículo 31.3 LSRL. Estos supuestos, salvo el último, pueden identificarse con los recogidos en el artículo 77 LSA.

Pero antes de entrar en el examen de estas excepciones, puede plantearse, como ha hecho algún autor (VELASCO SAN PEDRO: *Comentarios...*, p. 478) si en los supuestos de adquisición permitida operan las restricciones legales o estatutarias a la transmisión de las participaciones sociales. Debemos concluir con él, que si bien la ley no aclara este aspecto, lo más razonable es entender que tales limitaciones no operarían frente a la propia sociedad o a sus sociedades dependientes, ya que el fundamento de tales restricciones es cerrar la sociedad a personas extrañas, como se deduce claramente del artículo 29.1 LSRL, y la sociedad no puede ser considerada *extraña* respecto a sí misma.

1. *Adquisiciones a título universal.*

El primer supuesto de lícita adquisición de las propias participaciones o de las participaciones de la sociedad dominante es el recogido en la letra a) del artículo 40.1 LSRL: “cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas”.

Como se observa, dentro de esta letra a) se recoge, en primer lugar, el caso de adquisición *a título universal*.

La razón de admitir este tipo de adquisiciones es que no van dirigidas a constituir una autocartera, sino que son consecuencia inevitable de otra operación como es el ingreso en el patrimonio de la sociedad de todo un conjunto de bienes y derechos. Bien es cierto que esta operación podría encubrir el deseo de adquirir participaciones propias o de la sociedad dominante pero, para evitarlo, bastaría acudir a la doctrina del fraude de ley.

Los supuestos más comunes de sucesión universal de derechos son la fusión, la escisión por absorción y la herencia. No deben entenderse como supuestos de sucesión universal la llamada *compra de empresa* ni la *cesión global* de activo y pasivo porque se trata de la transmisión de un

conjunto de relaciones jurídicas y elementos económicos que se encuentran organizados entre sí de forma que componen una unidad funcional objeto de tráfico jurídico unitario. Sin embargo, la razón del precepto que exceptúa las adquisiciones a título universal, permite, por pura analogía, incluir estos supuestos en los de adquisiciones admitidas (en este sentido PANTALEÓN y PORTELLANO, ob. cit., p. 429).

Nada dice el precepto de referencia respecto a qué órgano de la sociedad debe acordar o aceptar la adquisición a título universal. A este respecto debemos distinguir los supuestos de adquisición a título universal de participaciones propias; aquellos que, además de participaciones propias, impliquen adquisición de participaciones de la sociedad dominante; y, por último, aquellas sucesiones que comportan sólo la adquisición de participaciones de la sociedad dominante.

En cualquiera de estas tres hipótesis, siempre que la sucesión a título universal derive de los supuestos de fusión o escisión, dado que estamos ante modificaciones estructurales, el acuerdo deberá adoptarlo la junta general por aplicación de los artículos 240 y 254 LSA por remisión del artículo 94 LSRL.

El problema se plantea en los supuestos de adquisición en bloque de una empresa, de adquisición global del activo y pasivo de otra sociedad y en la herencia. Siempre que exista adquisición de participaciones propias no puede dejarse esta competencia en manos de los administradores ya que dicha adquisición va a implicar automáticamente una reducción del capital social (art. 40.2 LSRL), competencia ésta que, de acuerdo con la letra e) del artículo 44.1 LSRL, corresponde a la Junta General. Por tanto, antes de acordar o aceptar una sucesión a título universal que implique adquisición de participaciones propias, vengan o no acompañadas de participaciones de la sociedad dominante, debe exigirse acuerdo de la Junta General. Dicho acuerdo, al implicar una reducción del capital social, debe adoptarse con la mayoría reforzada exigida en el artículo 53.2.a) LSRL (voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social), salvo en los casos de fusión y escisión por absorción en los que será de aplicación la mayoría establecida en el artículo 53.2.b) LSRL (voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos).

Por otra parte, en los supuestos en que la sucesión a título universal conlleve la adquisición de participaciones de la sociedad dominante, pero no de participaciones propias, salvo los supuestos ya señalados de fusión y escisión por absorción –modificaciones que por su carácter estructural exigen acuerdo de la Junta General–, habida cuenta que la adquisición no acarreará una reducción de capital, la competencia corresponderá al órgano de administración. Esto último siempre y cuando que, por virtud

del artículo 44.1.h) LSRL, en los estatutos no se haya establecido que en tales supuestos se requiere autorización de la Junta o que ésta, de acuerdo con el artículo 44.2 LSRL, no decida intervenir.

2. *Adquisiciones a título gratuito.*

El segundo supuesto de admisión lícita incluido en la letra a) del artículo 40.1 LSRL es el de adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante a título gratuito. El hecho de la gratuidad descarta los peligros que pretenden evitarse con la prohibición de este tipo de adquisiciones. Ahora bien, esta gratuidad no debe entenderse en sentido absoluto, ya que nuestra legislación fiscal establece, en estos casos, un impuesto que debe ser satisfecho por el beneficiario, esto es, por la sociedad. Se hace así necesario para la lícita adquisición, que los impuestos a satisfacer por la sociedad puedan ser satisfechos con cargo a reservas libres (en este sentido se manifiestan PAZ-ARES, ob. cit., p. 537; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (24); PANTALEÓN y PORTELLANO, ob. cit., p. 433, entre otros). Incluso dichos bienes libres deberían ser suficientes para soportar, en su caso, los gastos que pudieran comportar las donaciones o legados onerosos. En otro caso, si la sociedad procediera a dichas adquisiciones sin tener reservas libres, se vería abocada a una posterior reducción del capital social por pérdidas, lo que dejaría sin defensa alguna a los acreedores sociales (arts. 80, 81 y 82 LSRL).

Existe unanimidad en la doctrina al incluir dentro de estos supuestos de adquisición gratuita los legados puros y las donaciones puras y las remuneratorias. Por el contrario, se plantean más dudas respecto a la admisión de las donaciones o legados mixtos, onerosos o modales y ello por no considerar estas atribuciones como gratuitas, sino, más bien, onerosas. Como señalan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 435), con independencia de que se estime correcta la doctrina civilista que considera que estas donaciones o legados pierden su naturaleza gratuita, admiten su licitud en un supuesto: cuando el objeto de la donación o del legado sea plural, esto es, cuando, además de las participaciones propias o de las de la sociedad dominante, haya algún otro bien que pueda interesar a la sociedad (por ejemplo, un solar, un inmueble...). Debe tenerse en cuenta que el legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuera onerosa (art. 889 C.c.) y que cuando hubiere dos legados de los cuales uno fuese oneroso, el legatario no podrá renunciar al oneroso

(24) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: "De los negocios sobre las propias acciones", en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Editorial Trivium, 1990, p. 370.

y aceptar el otro (art. 890 C.c.); y, por analogía, llegamos a las mismas conclusiones respecto a la donación.

Como señalan los autores citados, en este supuesto no existen argumentos de peso para impedir a la sociedad obtener ese otro bien, aun a costa de tener que amortizar las participaciones propias que también forman parte de la donación o del legado (art. 40.2 LSRL) o de obtener beneficios, en su caso, con la transmisión de las participaciones de la sociedad dominante (art. 40.3 LSRL). Por otro lado, de no admitirse estas adquisiciones incluidas dentro de las a título gratuito del artículo 40.1.a) LSRL, podría acudir al expediente de considerarlas por analogía incluidas en el supuesto de adquisiciones a título universal.

En cuanto al órgano competente para acordar la adquisición a título gratuito, la solución es idéntica al supuesto ya visto de adquisición a título universal.

3. *Adquisiciones por adjudicación judicial.*

El último supuesto admitido en la letra a) del artículo 40.1 LSRL es la adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante por adjudicación judicial en pago de un crédito que tuviere la sociedad contra el titular de las mismas. Aquí estaríamos en lo que algún autor ha denominado “la teoría del mal menor”. Como señala VELASCO SAN PEDRO (*Comentarios...*, p. 481) “entre los inconvenientes patrimoniales que concita la adquisición, en este caso bien onerosa, de las participaciones [o acciones], y el riesgo de no cobrar, se opta por aceptar como mal menor los primeros, en la creencia, además, de que la sociedad podría acabar cobrando en valores patrimoniales reales mediante la enajenación de las participaciones [o acciones] así adquiridas a terceros”. La LSRL sólo permite la enajenación de las participaciones de la sociedad dominante, porque respecto a las participaciones propias se impone su amortización inmediata; pero incluso en este último caso, la operación cumple una función de saneamiento del balance social, al implicar la desaparición del crédito incobrable o, al menos, su reducción, con el correspondiente reajuste de los fondos propios de la sociedad como consecuencia de la amortización de las participaciones propias.

El elemento determinante de esta adjudicación en pago es la intervención judicial de forma que, con ésta, se eliminan las posibles maniobras fraudulentas dirigidas a contravenir la regla general de la prohibición de adquisición derivativa. Tradicionalmente se ha venido incluyendo en esta excepción, la adjudicación enmarcada en el procedimiento de apremio de los artículos 1481 y siguientes LEC de 1881, en el futuro, artículos 500 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuicia-

miento Civil. Pero también resulta razonable admitir que la adjudicación tenga su origen en un convenio concursal, ya que, también en éste, la intervención judicial impide la existencia de maquinaciones fraudulentas. Por el contrario, no podríamos incluir la dación en pago porque en ésta intervienen sólo acreedor y deudor sin participación judicial alguna (art. 1.166 C.c.). Tampoco es admisible el supuesto de adjudicación por ejecución de prenda, ya que a tenor del artículo 40.4 LSRL, la sociedad limitada no puede aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones o participaciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezcan.

Cuando la adjudicación judicial genere desembolso, éste deberá realizarse con cargo a reservas libres. Además, cuando se trate de participaciones propias, si la reducción de capital comporta reembolso de aportaciones, la sociedad deberá disponer, además, de bienes libres para dotar la reserva a la que se refiere el apartado 2 del artículo 40 LSRL.

Respecto al órgano competente, reiterando lo ya dicho, aun cuando sea el órgano de administración el competente para acordar la petición de adjudicación en pago, debe exigirse la previa autorización de la junta con la mayoría establecida en el artículo 53.2.a) LSRL cuando se trate de participaciones propias. No será así, por el contrario, cuando se refiera a participaciones de la sociedad dominante.

4. Adquisiciones para reducir el capital social.

La letra b) del artículo 40.1 LSRL admite la adquisición de participaciones propias cuando éstas se adquieran “en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la Junta General”. Esta excepción tiene su correlativo en el artículo 77.1.º LSA para las acciones propias y dado que en este caso debe utilizarse el procedimiento de reducción del capital social, quedan a resguardo los intereses de los acreedores sociales y de los socios, eliminándose los posibles inconvenientes de la operación. Por otra parte, la adquisición de participaciones propias es un sistema de realización de la reducción del capital social que tiene ventajas respecto a la amortización generalizada y forzosa de una parte de las participaciones que tenga cada socio, ya que se da la posibilidad de una amortización voluntaria en favor de los socios que deseen transmitir sus participaciones a la sociedad.

La propia LSRL deja patente que el órgano competente para decidir la reducción de capital es la Junta General. La duda surge respecto a si también la Junta es competente para elegir la adquisición de las propias participaciones como procedimiento para la reducción. A este respecto, PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 441) aplican analógicamente el ar-

título 164.2 LSA que establece cuál debe ser el contenido mínimo del acuerdo de reducción de capital en los supuestos de sociedades anónimas: cifra de reducción, finalidad, *procedimiento*, plazo y suma que haya de abonarse, en su caso, a los accionistas, en nuestro caso, a los socios de la SL.

También debe destacarse que la Ley admite la adquisición de participaciones propias en “ejecución de un acuerdo de reducción del capital”; por tanto, la adquisición de participaciones propias debe ser consecuencia del acuerdo de reducción de capital y no al revés. Debe así descartarse cualquier posibilidad de regularización de las adquisiciones ilícitas mediante el expediente de reducir ulteriormente el capital (25).

Una cuestión que ha planteado discusiones doctrinales es la referente a cuál es la mayoría necesaria para adoptar ese acuerdo de reducción del capital social. Para un grupo de autores, este acuerdo debe adoptarse por unanimidad y ello por imperativo del artículo 79.2 LSRL dado que la reducción no afecta por igual a todas las participaciones sociales –sólo se amortizan las que adquiriera la sociedad– [por todos, BARBA DE VEGA (26)]. Para otro sector doctrinal debe considerarse de aplicación el artículo 53.2.a) que exige una mayoría reforzada, y ello porque carece de sentido proteger a ningún socio frente a la amortización de sus participaciones sociales, ya que pueden negarse a transmitir las; por otro lado, para evitar el trato discriminatorio debe procederse a la aplicación analógica del artículo 170.1 LSA debiendo ofrecerse la compra de participaciones a todos los socios (VELASCO SAN PEDRO, *Comentarios...*, pp. 483 y 484; MEJÍAS, ob. cit., p. 397).

Tal vez la solución esté en la confluencia de ambas posturas: si con anterioridad al acuerdo de reducción de capital social se ha ofrecido a todos los socios la adquisición de sus participaciones sociales, la mayoría exigida para su adopción será la que se deriva del art. 53.2.a) LSRL; si, por el contrario, no se ha producido dicho ofrecimiento, debe entenderse de aplicación el artículo 79.2. LSRL exigiéndose así la unanimidad.

La fijación del precio a pagar por las participaciones sociales, se hará por acuerdo entre la sociedad y el socio. Respecto a la sociedad, la competencia para decidir este precio parece que debe atribuirse a la Junta General.

(25) Véase a este respecto MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: ob. cit., p. 534.

(26) BARBA DE VEGA, J: “Régimen de las participaciones sociales”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada* (Coord. A. Bercovitz). Aranzadi, 1998, p. 202.

5. Adquisiciones en los supuestos de transmisión forzosa (art. 31.3 LSRL).

El último supuesto de adquisición permitida de participaciones propias es la que se realiza en el caso previsto en el artículo 31.3 LSRL. De acuerdo con este precepto, en los supuestos de enajenación forzosa de participaciones sociales consecuencia de embargo judicial o administrativo o de ejecución de la prenda, el remate o la adjudicación al acreedor no serán firmes hasta transcurrido un mes desde la recepción por la sociedad del testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación o, en su caso, de la adjudicación solicitada por el acreedor. Durante este plazo, los socios podrán adquirir dichas participaciones, subrogándose en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe. En defecto de los socios y sólo para el caso de que los estatutos establezcan en favor de la sociedad el derecho de adquisición preferente, ésta podrá subrogarse en lugar del rematante o del acreedor.

Este precepto se justifica por el carácter cerrado de la sociedad limitada de forma que mediante este procedimiento puede evitarse la entrada de extraños a la sociedad. Ahora bien, no podemos limitar esta excepción al supuesto de adquisición por la sociedad de sus propias participaciones sólo en los supuestos de transmisión forzosa. La misma *ratio* de este precepto es predicable de cualquier supuesto en el que la sociedad tenga un derecho preferente de adquisición de las participaciones del socio, bien en las transmisiones voluntarias *inter vivos* como en las transmisiones *mortis causa*, salvo que en estas últimas se interprete restrictivamente la referencia a los “socios sobrevivientes” que hace el apartado 2 del artículo 32 LSRL. Como señala VELASCO SAN PEDRO (*Comentarios...*, p. 487), aunque la enumeración de excepciones que hace el artículo 40.1 de la LSRL es *numerus clausus*, no hay motivo para impedir un uso a fondo de las mismas, máxime en situaciones de claro interés social en la realización de la operación, como es el caso. “No existe ninguna razón para impedir el juego de esta excepción, cuando estatutariamente se establezca el derecho de adquisición preferente a favor de la sociedad, condicionándolo a la adopción del correspondiente acuerdo de reducción del capital”.

El órgano competente para autorizar la adquisición en el supuesto que estamos analizando, será necesariamente la junta de socios. La mayoría precisa será la establecida en el artículo 53.2.a) LSRL, pero el socio transmitente deberá abstenerse en la votación por aplicación del artículo 52.

D) Régimen de las participaciones propias adquiridas.

De acuerdo con el número 2 del artículo 40 LSRL, “las participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser inmediatamente amortizadas”. El no establecer la ley más alternativa que la inmediata amortización de las participaciones, es porque entiende que desde el instante mismo en que una sociedad limitada adquiere sus propias participaciones, éstas quedan automáticamente extinguidas. Por ello, y a diferencia de lo que ocurre con las participaciones de la sociedad dominante, para las participaciones propias no se establece el régimen de suspensión de derechos recogido en el artículo 79 LSA. Por tanto, las participaciones sociales quedan vacías de sustancia. En favor de esta postura cabe alegar no sólo razones de política jurídica sino, incluso, razones dogmáticas. Así, como señala VELASCO SAN PEDRO (*Comentarios...*, p. 490), “en el caso de las acciones propias, se ha mantenido que la representación de los derechos de socio en títulos-valores, impedía su extinción por confusión de derechos. La inexistencia de estos títulos, en el caso de las participaciones (el art. 5 de la LSRL prohíbe su incorporación a títulos o a anotaciones en cuenta), propiciaría tal extinción”, aunque advierte, no obstante, que este argumento dogmático resulta algo forzado, pues la confusión de derechos cabe en relación con derechos de crédito y la naturaleza de los derechos de socio es diferente.

La ausencia total de derechos en las participaciones propias obligará a no considerarlas a la hora de atribuir sus derechos al resto de las participaciones. En cuanto a los derechos con base económica (incluidos los de *asunción preferente* y *asignación gratuita* de participaciones) deberán calcularse sin tomar en consideración las participaciones propias, lo que equivale a distribuir el importe de lo que hubiera correspondido a la sociedad, entre el resto de participaciones.

Respecto al derecho de voto, deberá prescindirse de los que correspondan a las participaciones propias adquiridas, ya que éstas deben amortizarse de forma inmediata. Ello supone que deberán sólo considerarse los votos relativos a las participaciones en manos de socios y, por tanto, prescindiendo de los votos que hubieran correspondido a las participaciones que haya adquirido y debe amortizar la sociedad.

Debe también señalarse que la amortización de las participaciones propias adquiridas tal como la configura la LSRL es una *medida necesaria* que no puede sustituirse por ninguna otra; así, no cabe ni vender ni transmitir por otro título oneroso las participaciones sociales, sea a socios, sea a extraños, ni cederlas gratuitamente al resto de los socios. Esta norma tan radical, que difiere de lo establecido en la LSA respecto a las acciones propias, trae causa en el carácter cerrado con que ha que-

rido configurarse la sociedad de responsabilidad limitada, de forma que se impide su recurso al mercado como medio de eliminar la “autocartera” de participaciones propias, aunque, tal vez, el legislador haya ido demasiado lejos.

En todo caso, y aunque la consecuencia automática de la adquisición de participaciones propias sea su amortización, debe entenderse que ésta se hace necesaria para la misma. La LSRL no contempla la amortización como una consecuencia automática de la adquisición, como sí se deduce de la LSA (art. 76.1) que requiere la decisión en los contados casos que contempla la obligada amortización. Por otra parte, la amortización implica la reducción del capital social o, en su caso, el incremento del valor nominal de las participaciones no amortizadas, para lo cual se hace necesario el acuerdo de modificación de los estatutos sociales. De todo ello debe deducirse que el órgano social competente para adoptar la decisión de amortizar debe ser la Junta General y en el mismo deben respetarse los requisitos exigidos para la reforma estatutaria y, en especial, la mayoría cualificada que exige el artículo 53.2.a) LSRL.

Habida cuenta que para la adquisición habrá sido necesario adoptar un acuerdo por la Junta General, si ésta no hubiera adoptado simultáneamente los acuerdos de adquirir y amortizar, esta última no requerirá de un nuevo acuerdo de la Junta de socios ya que, evidentemente, no cabría que adoptasen un acuerdo en contrario. Por ello, los administradores deberán proceder de inmediato al otorgamiento de la escritura pública. En favor de este criterio cabe acudir a la regulación que la LSRL hace de los supuestos de exclusión de socios; aquí el legislador expresamente ha señalado que, una vez acordada por la Junta la exclusión de un socio (art. 99.1), “los administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la Junta General, otorgarán inmediatamente escritura pública de reducción de capital, expresando en ella las participaciones amortizadas, la identidad del socio o socios afectados, la causa de la amortización, la fecha del reembolso o de la consignación y la cifra a que hubiera quedado reducido el capital social” (art. 102.1). El principio inspirador de este precepto es perfectamente aplicable a la adquisición derivativa de las participaciones propias.

Si los administradores, incumpliendo su obligación, no procedieran de inmediato al otorgamiento de la escritura, podrá acudir al juez, tal como se deduce por la aplicación analógica del apartado 3 de la disposición transitoria sexta LSRL. De acuerdo con ésta, si transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley, la sociedad no hubiera amortizado las participaciones propias que tuviera en su poder antes de esa fecha, “cualquier interesado podrá solicitar su adopción por la autoridad judicial”. Cuando la adquisición derivativa de participaciones propias hubie-

ra producido el reembolso de las aportaciones, los socios transmitentes responderán de acuerdo con lo establecido en el artículo 80 LSRL, esto es, solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros, si bien esta responsabilidad tiene como límite el importe de lo recibido por cada socio en concepto de restitución de la aportación social.

No obstante, la sociedad puede excluir la responsabilidad de los socios, tal como establece el apartado 4 de ese mismo artículo 80, para lo cual, al tiempo de autorizar la adquisición de las propias participaciones, deberá acordar la constitución de una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de reembolso. Esta reserva será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil –BORME–, salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieren sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros.

En los supuestos en que la adquisición no comporte reembolso de aportaciones a los socios, tal como señala el artículo 40.2 LSRL, la sociedad deberá dotar una reserva por el importe del valor nominal de las participaciones amortizadas, la cual será indisponible durante el mismo plazo visto anteriormente y con la misma salvedad de que con anterioridad se hubieren satisfecho las deudas con terceros sociales contraídas con anterioridad a que dicha reducción les fuera oponible.

Al amortizarse obligatoriamente las participaciones sociales, en ambos casos, haya o no restitución de aportaciones, se reduce el capital social y con él la cifra de garantía frente a terceros que ven disminuido el patrimonio con el que la sociedad responde de sus deudas. Por ello, para evitar tal disminución, la Ley exige que se dote esa reserva indisponible que permite que aunque se reduzca el capital social los fondos propios permanezcan inalterados.

Por otra parte, de la exigencia de constituir esta reserva se deduce que la validez de la adquisición de participaciones propias en virtud de la letra a) del artículo 40.1 LSRL, exige que la sociedad disponga de medios libres para dotarla.

E) Régimen de las participaciones de la sociedad dominante adquiridas.

De acuerdo con el artículo 40.3 LSRL, las participaciones de la sociedad dominante adquiridas deben ser enajenadas en el plazo máximo de un año desde su adquisición. Se pretende así impedir la formación de autocarteras en manos de sociedades filiales o dependientes, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades anónimas en que se admite una autocartera del 10% del capital social, porcentaje que se ve reducido al 5% en los supuestos de sociedades cotizadas.

Como señalan PANTALEÓN y PORTELLANO (ob. cit., p. 459) es perfectamente razonable que en este supuesto la Ley haya establecido el deber de enajenar y no el de amortizar, ya que resulta evidente que una eventual obligación de amortizar, no podría corresponder a la sociedad dominada, sino únicamente a la dominante. El escollo radicaría en que, evidentemente, se burlaría la competencia de la Junta de la sociedad dominante si la sociedad dominada tuviera competencia para proceder a la amortización y automática reducción de capital de participaciones de la sociedad dominante sin haberse pronunciado la Junta de esta última.

La Ley no establece las modalidades de enajenación que deberán utilizarse para cumplir con esta obligación. Parece por ello que podría utilizarse cualquier negocio traslativo, siempre que éste produzca la traslación de forma definitiva (por ello no es admisible la venta con pacto de retro).

Tampoco se exige onerosidad, lo cual podría conducir a entender admisible la donación de las participaciones adquiridas (por ejemplo, a los socios, a los trabajadores, etc.), pero, no obstante, debe tenerse en cuenta que está prohibida la asistencia financiera para adquirir participaciones propias o de la sociedad dominante (art. 40.5 LSRL) y la enajenación gratuita debería entenderse subsumible en dicha conducta.

La LSRL fija un plazo máximo para la enajenación de un año. El *dies a quo* para este cómputo es el de la fecha de la adquisición. Por ello, a diferencia de lo establecido en el artículo 76.1 LSA, no se engloban todas las participaciones, sino que, por el contrario, cada adquisición iniciará su propio plazo. Si transcurrido un año no se hubiera procedido a su enajenación, cualquier interesado podrá instar la venta judicial y ello por aplicación analógica de la disposición transitoria sexta apartado 3 LSRL.

El órgano competente para proceder a la enajenación será el de administración, puesto que se trata de un acto debido y que, además, entra plenamente en las competencias del órgano de administración. Cabría esgrimir que los administradores podrían realizar actuaciones contrarias al interés social, pero a este respecto hay que señalar que la vía a la que habría que acudir en estos casos es la de exigencia de responsabilidad de

los administradores. Todo ello sin perjuicio de que al amparo del artículo 44.2 LSRL la Junta puede dar las instrucciones que estime pertinentes a los administradores.

En cuanto al régimen de la tenencia de participaciones de la sociedad dominante en tanto no sean enajenadas, el artículo 40.3 LSRL se remite al artículo 79 LSA. De acuerdo con este precepto, serían de aplicación las siguientes normas:

1. Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las participaciones de la sociedad dominante.

Respecto a los derechos económicos, el artículo 79 LSA parece limitar la regla de que sean atribuidos proporcionalmente al resto de las participaciones sociales a los supuestos de adquisición de participaciones propias, pero no de participaciones de la sociedad dominante. Respecto al derecho de asignación gratuita de nuevas participaciones, por aplicación de la norma primera del artículo 79 LSA, en ningún caso sería objeto de atribución proporcional al resto de las participaciones sociales; esto significa que pertenecen a la sociedad dominada. Podría contradecirse a este respecto que, a tenor del artículo 39.1 LSRL, la sociedad tiene prohibida la asunción originaria de participaciones de la sociedad dominante; pero una cosa es ejercitar el derecho y otra distinta poder transmitirlo. Por ello, entendemos, que nada impide que la sociedad dominada pueda beneficiarse económicamente de la transmisión del derecho de asunción preferente, si bien deberá respetarse lo establecido en el artículo 75.3 de la LSRL.

2. Las participaciones de la sociedad dominante se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en sus Juntas Generales.

3. Se establecerá en el pasivo del balance de la sociedad adquirente, una reserva indisponible equivalente al importe de las participaciones de la sociedad dominante, computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las participaciones no sean enajenadas.

4. En el informe de gestión de la sociedad adquirente y de la sociedad dominante deberán mencionarse los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio, el número y el valor nominal de las participaciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción social que representan, la contraprestación obtenida, en su caso, por las participaciones enajenadas, y el número y valor nominal total de las participaciones de la sociedad dominante adquiridas y conservadas en cartera de la propia sociedad o de persona interpuesta y la fracción de capital social que representa.

F) Consecuencias de Derecho privado por la ilícita adquisición derivativa de participaciones propias o de la sociedad dominante.

Sin perjuicio de las consecuencias en materia de Derecho administrativo sancionador recogidas en el artículo 42, la LSRL no precisa qué consecuencias de Derecho privado acarrea la vulneración de las disposiciones relativas a las adquisiciones derivativas. Como señala VELASCO SAN PEDRO (*Comentarios...*, p. 499) “sorprende la omisión del legislador, porque la determinación de las consecuencias de las infracciones es siempre un tema polémico y porque, además, la cuestión recibe puntual solución en el modelo normativo de la LSA”.

Analicemos los distintos supuestos:

1. *Infracción de la prohibición de adquirir participaciones propias.*

Partiendo de la *ratio legis* de la prohibición de impedir cualquier tenencia temporal de participaciones propias imponiéndose su inmediata amortización, permite descartar la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 76.1 LSA, que mantiene la validez de la adquisición en el supuesto de acciones propias obligando a su enajenación en el plazo máximo de un año.

Por otra parte, este silencio del legislador debe ser entendido como una remisión implícita al Derecho común y, por tanto, considerar aplicable el artículo 6.3 del Código civil que considera nulos de pleno derecho los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas. No cabe, así, admitir ningún efecto traslativo del correspondiente negocio impidiéndose de esta forma la titularidad de la sociedad sobre sus propias participaciones, ni siquiera de forma interina.

Dado que estaríamos ante un negocio jurídico radicalmente nulo, no cabe sanación posterior y, por tanto, la regularización de una adquisición ilícita mediante la adopción *a posteriori* del acuerdo de reducción de capital.

2. *Adquisición por persona interpuesta.*

El artículo 40 LSRL no establece las consecuencias de la adquisición derivativa de participaciones propias por persona interpuesta a diferencia de lo que sucede con las adquisiciones originarias en el artículo 39.2 del que se infiere la validez de dicha adquisición por persona interpuesta.

Cabe predicar también aquí la validez de esta adquisición derivativa realizada por persona interpuesta. Hay que tener presente que es la mis-

ma consecuencia jurídica que se establece para las participaciones recíprocas. De acuerdo con el artículo 41 LSRL debemos remitirnos a los artículos 82 a 88 LSA y a tenor de este último precepto, “los negocios celebrados por la persona interpuesta con terceros se entenderán efectuados por cuenta propia y no producirán efecto alguno sobre la sociedad”.

A la misma conclusión llegaríamos aplicando las reglas generales del Derecho privado para los supuestos de interposición, de forma que cuando un tercero contrata con persona interpuesta ignora, en el momento de contratar, que ésta actúa por cuenta de la sociedad, la adquisición es perfectamente válida.

3. Infracción de la obligación de amortizar o enajenar.

En estos supuestos entendemos que debe aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 76.1 párr. 3.º LSA, de forma que cualquier interesado podría solicitar de la autoridad judicial la amortización o la venta. En el supuesto de que proceda la amortización, los administradores estarían obligados a solicitar su adopción judicial “cuando el acuerdo social fuese contrario a la reducción del capital o no pudiera ser logrado”.

VI. Régimen sancionador

El artículo 42 LSRL, inspirándose en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 89), establece un régimen de sanciones administrativas para los supuestos de infracción de las prohibiciones recogidas en la sección cuarta del capítulo 4.º de la LSRL. Estas prohibiciones referidas a participaciones propias o de la sociedad dominante son las siguientes: la realización de adquisiciones originarias, en todo caso (art. 39.1) y de adquisiciones derivativas en los supuestos en que ello no esté permitido (art. 40.1); la aceptación en prenda o en garantía de participaciones propias o de la sociedad dominante (art. 40.4); la prestación de asistencia financiera para su adquisición (art. 40.5) y, por remisión expresa al régimen de la LSA, sobrepasar el límite permitido a las participaciones recíprocas.

El núm. 2 del artículo 42, somete, igualmente, a este régimen sancionador, el incumplimiento del deber de amortizar o enajenar. La amortización de participaciones se impone en todos los supuestos de adquisición permitida (art. 40.2) y, por su parte, la enajenación se exige en el caso de participaciones de la sociedad dominante (art. 40.3). La no amortización o enajenación, la amortización tardía (la ley exige que la amortización se

realice de forma inmediata a la adquisición) o la enajenación fuera del plazo de un año, supondrán la comisión de una infracción.

Cabe destacar que el incumplimiento del deber de amortizar o enajenar es considerado como infracción independiente de la derivada de la vulneración de las prohibiciones antes vistas, produciéndose, por tanto, dos infracciones distintas. En esto sigue el modelo de la LSA.

Los principios de *legalidad* y *tipicidad* que informan el Derecho administrativo sancionador y que derivan del artículo 95 de la Constitución y son reiterados en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1995, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impiden considerar como infracciones administrativas otras vulneraciones de las normas sobre adquisición de participaciones propias. Este sería el caso, por ejemplo, de que no se constituyese la reserva que por remisión del artículo 40.3 LSRL exige el artículo 69 LSA.

Serán posibles sujetos pasivos de la sanción los administradores de la sociedad infractora, entendiendo por tal aquella a la que formalmente le es imputable la acción u omisión constitutiva de la infracción. Por virtud de los principios de legalidad y tipicidad antes vistos, no podrá sancionarse a otros sujetos aunque materialmente tengan responsabilidad en el asunto; este sería el caso de los administradores de la sociedad dominante, los fundadores de la sociedad o las personas interpuestas.

Lógicamente, la sanción será impuesta tras la instrucción del procedimiento oportuno, cuestión que compete al Ministerio de Economía y Hacienda, con la audiencia de los interesados. Ello se hará conforme al reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

La sanción que puede imponerse será de multa “hasta el valor de las participaciones o acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía por la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera de la sociedad”. Aunque no lo diga la norma, entendemos de aplicación el criterio establecido en el artículo 89.2 LSA de forma que “para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los accionistas de la misma y a terceros”.

Huelga decir que la resolución administrativa sancionadora será recurrible ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Por último, la responsabilidad de los sujetos pasivos de la sanción será solidaria a tenor de lo establecido en el artículo 130.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Bibliografía

- BLANCO CAMPAÑA, J.: "La adquisición por la sociedad de sus propias acciones", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 2; abril-junio 1981, pp. 221 a 243.
- CARLÓN SÁNCHEZ, L.: "Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial". *Revista de Derecho Privado*, tomo XXIII.
- DÍEZ-PICAZO, L.: "Los negocios de la sociedad con las propias acciones", en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, 1995.
- DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, 1998.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.^a C.: "En torno a los negocios de asistencia financiera para la adquisición de las participaciones propias. *Private company versus* sociedad de responsabilidad limitada", en *Revista de Derecho Mercantil*, número 219, enero-marzo 1996.
- GARCÍA LUENGO, R. y SOTO VÁZQUEZ, R.: *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (comentarios y jurisprudencia)*. Comares, 1991.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Adquisición y aceptación en garantía por la sociedad de las propias acciones", en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas II. Capital y acciones*, vol. 2.º, Civitas, 1995.
- MARINA GARCÍA-TUNÓN, A.: "Adquisición por la sociedad de sus propias participaciones", en AA.VV., *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. I, McGraw-Hill, 1996.
- MEJÍAS GÓMEZ, J.: "El régimen de participaciones propias. La modificación de la disciplina sobre acciones propias", en AA.VV., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada* (dir. U. Nieto). Dykinson, 1998.
- PAZ-ARES, C.: "Negocios sobre las propias acciones", en AA.VV., *La reforma del Derecho español en materia de sociedades de capital*, Madrid, 1987.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Las participaciones recíprocas en la Ley de Sociedades Anónimas", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (1990), pp. 487 a 534.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: "De los negocios sobre las propias acciones", en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Trivium, 1990.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A.: "Artículos 39 a 42", en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coordinadores: I. Arroyo y J. M. Embid), Tecnos, 1997.
- "Las excepciones a la prohibición de que una sociedad limitada adquiera sus propias participaciones", en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*. Vol. 1, 1999.
- ZURITA SÁINZ DE NAVARRETE, J.: "La adquisición por la sociedad de sus propias acciones", en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*. VV.AA. (dir. Ángel Rojo), Civitas, 1987.

AL QUE MADRUGA...
O LO QUE SE NOS VIENE ENCIMA
EN MATERIA TRIBUTARIA
(Proyectos de Ley de Presupuestos Generales
del Estado para el año 2002 y de Medidas Fiscales,
Administrativas y del Orden Social) (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS
Notario Honorario

SUMARIO: **A) PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2002.** 1. Impuestos directos. 1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.* 2) *Impuesto sobre Sociedades.* 3) *Impuestos locales.* 2. Impuestos indirectos. 1) *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 63).* 3. Otros tributos. 4. Interés legal del dinero. 5. Incentivos fiscales. **B) PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.** 1. Impuestos directos. 1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 1 del proyecto).* 2) *Impuesto sobre Sociedades (art. 2 del proyecto).* 3) *Régimen fiscal de Cooperativas (art. 3 del proyecto).* 4) *Impuesto sobre la Renta de no Residentes (art. 4 del*

(*) Circular n.º 95, de 14 de diciembre de 2001, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

proyecto). 2. Impuestos indirectos. 1) *Impuesto sobre el Valor Añadido* (arts. 5 y 6 del proyecto). 2) *Impuestos especiales* (art. 7 del proyecto). 3) *Régimen económico fiscal de Canarias* (arts. 8, 9 y 10 del proyecto). 3. Otros tributos. 4. Otras modificaciones.

So pena de tener que rectificar *a posteriori* –la mayoría absoluta del partido en el Gobierno no hace pensar en grandes cambios– vamos a dar un repaso a los proyectos de las dos leyes que nos “alegran” los fines de año: la de Presupuestos y la de Acompañamiento (que esta vez parece ser, de momento, la de menos “amañamiento” de las últimas entradas en vigor). El primer proyecto se publica en el BO de las Cortes-Congreso del 28 de septiembre (Serie A, número 46-1) y el segundo en el de 10 de octubre (Serie A, número 50-1).

A) Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002

Las reformas están contenidas en su Título VI –cuya rúbrica es la de “Normas tributarias”– y su finalidad “se limita” –y reproducimos las palabras de su Exposición de Motivos– a la actualización de determinados parámetros con la finalidad de contribuir a la consecución de los objetivos del Gobierno en materia de inflación y déficit cero (*ora pro nobis*).

1. Impuestos directos.

1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

Para lograr los fines enunciados se “regulan los coeficientes de actualización del valor de adquisición aplicables a bienes inmuebles –seguimos reproduciendo las palabras de la Exposición de Motivos– y se mantiene el régimen transitorio de compensación para los arrendatarios y adquirentes de vivienda habitual en aquellos supuestos en que la normativa del Impuesto sea menos ventajosa que la establecida con anterioridad a la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias”.

a) *Coefficientes de actualización del valor de adquisición (art. 58).* A los efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 33 de la citada Ley 40/1998, para la transmisión de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúen durante el año 2002, los coeficientes de que se trata serán los siguientes (apartado uno):

Año de adquisición	Coefficiente
1994 y anteriores	1,1016
1995	1,1638
1996	1,1240
1997	1,1016
1998	1,0802
1999	1,0608
2000	1,0404
2001	1,0404
2002	1,0200
	1,0000

No obstante, cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,1638.

Tratándose de bienes inmuebles afectos a actividades económicas, los coeficientes aplicables serán los previstos para el Impuesto sobre Sociedades en el artículo 59 de esta Ley, que expondremos seguidamente (apartado dos).

Tratándose de elementos patrimoniales actualizados ex artículo 5 del RD Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, las reglas a aplicar serán las siguientes (apartado tres):

1.^a Los coeficientes de actualización a que se refiere el apartado anterior se aplicarán sobre el precio de adquisición y sobre las amortizaciones contabilizadas correspondientes al mismo, sin tomar en consideración el importe del incremento neto del valor resultante de las operaciones de actualización.

2.^a La diferencia entre las cantidades determinadas por la aplicación de lo establecido en el número anterior se minorará en el importe del valor anterior del elemento patrimonial.

Para determinar el valor anterior del elemento patrimonial actualizado se tomarán los valores que hayan sido considerados a los efectos de aplicar los coeficientes de actualización.

3.^a El importe que resulte de las operaciones descritas en el número anterior se minorará en el incremento neto del valor derivado de las

operaciones actualizadas previstas en el RD Ley 7/1996, siendo la diferencia positiva así determinada el importe de la depreciación monetaria.

4.^a La ganancia o pérdida patrimonial será el resultado de minorar la diferencia entre el valor de transmisión y el valor contable en el importe de la depreciación monetaria a que se refiere el número anterior.

b) *Compensación fiscal a los arrendatarios de vivienda habitual en 2001 (disp. transitoria primera)*. Los contribuyentes con deducción por alquiler de vivienda habitual en el IRPF en el año 1998, cuyos contratos fueron anteriores al 24 de abril de 1998 y se mantengan en el ejercicio 2001, tendrán derecho a la deducción regulada en la presente disposición (en el texto se lee “en el presente artículo”), siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes:

a') Que la suma de las partes general y especial de la base imponible, antes de completar el mínimo personal y familiar, no sea superior a 21.035,42 euros en tributación individual o 30.050,61 euros en tributación conjunta. (Todas las cantidades de este Proyecto se enuncian en euros, dado que la puesta en circulación del euro como moneda de curso legal única tendrá lugar el 1 de enero de 2002. Estamos, pues, ante el primer Presupuesto General del Estado elaborado en euros. Para que los demás “mortales” nos enteremos bien de las cantidades, nos vamos a permitir –no sin antes pedir perdón a los que por ello se sientan menospreciados– traducirlas a pesetas, para evitarles multiplicar, de cabeza, por 166,386, y que consignaremos sin redondeo y solamente con dos decimales. En esta línea: 21.035,42 euros equivalen a 3.499.999,39 ptas. y 30.050,61 euros a 5.000.000,80 ptas.).

b') Que las cantidades satisfechas en 2001 en concepto de alquiler exceden del 10 por 100 de los rendimientos netos del contribuyente.

La cuantía de la deducción continúa siendo del 10%, lógicamente de las cantidades satisfechas en 2001 por el alquiler de la vivienda habitual, con el importe de 601,01 euros anuales (99.999,64 ptas., que redondeadas equivalen a las 100.000 ptas., que como tope igual establecía la disp. transitoria cuarta de la anterior Ley de Presupuestos, Ley 13/2000, de 28 de diciembre).

La expuesta deducción se restará de la cuota líquida total del Impuesto, después de las deducciones por doble imposición a que se refieren los artículos 66 y 67 de la Ley 40/1998.

c) *Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2001 (disp. transitoria segunda)*. Tendrán derecho a esta deducción los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad al 4 de mayo de 1998 y puedan aplicar en 2001 la deducción por inversión en vivienda habitual prevista en el artículo 55.1 de la Ley 40/1998.

La cuantía de la deducción será la diferencia positiva entre el importe del incentivo teórico que hubiera correspondido de mantenerse la normativa vigente a 31 de diciembre de 1998 y la declaración por inversión en vivienda que proceda para 2001.

El importe del incentivo teórico de referencia será la suma de las siguientes cantidades:

— El resultado de aplicar el tipo medio de gravamen a la magnitud resultante de sumar los importes satisfechos en 2001 por intereses de los capitales ajenos invertidos en la adquisición de la vivienda habitual, con el límite de 4.808,01 euros (799.985,55 ptas.) en tributación individual o 6.010,12 euros (999.999,83 ptas.) en tributación conjunta, y por la cuota y los recargos, salvo el de apremio, devengados por el IBI, menos la cuantía del rendimiento imputado que hubiera resultado de aplicar el artículo 34.b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio (anterior Ley del IRPF).

Por tipo medio de gravamen deberá entenderse el obtenido de sumar los tipos medios, estatal y autonómico, a los que se refieren los artículos 50.2 y 61.2 de la Ley 40/1998, y

— el resultado de aplicar el 15 por 100 a las cantidades invertidas durante 2001 en la adquisición de la vivienda habitual que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.1.2.º de la Ley 40/1998, den derecho a deducción por inversión en vivienda habitual, excluidos los intereses derivados de la financiación ajena. Las cantidades invertidas tendrán como límite el 30 por 100 del resultado de adicionar a las bases liquidables, general y especial, el mínimo personal y familiar.

La cuantía de la deducción así calculada –si vd. lo ha conseguido nos merecerá personalmente el calificativo de “genio”– se restará de la cuota líquida total, después de las deducciones por doble imposición a que se refieren los artículos 66 y 67 de la Ley 40/1998.

2) *Impuesto sobre Sociedades.*

Se actualizan los coeficientes de corrección monetaria aplicables a las transmisiones de bienes inmuebles y se determina el importe de los pagos fraccionados que las entidades sujetas a este impuesto deben realizar, a saber:

a) *Coeficiente de corrección monetaria (art. 59).* Respecto de los períodos impositivos que se inicien durante el año 2002, los coeficientes previstos en el artículo 15.11 a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido, serán los siguientes, que enumera el apartado uno del precepto de que se trata:

	<u>Coeficiente</u>
Con anterioridad a 1 de enero de 1984.....	1,9621
En el ejercicio 1984	1,7815
En el ejercicio 1985	1,6455
En el ejercicio 1986	1,5490
En el ejercicio 1987	1,4756
En el ejercicio 1988	1,4098
En el ejercicio 1989	1,3482
En el ejercicio 1990	1,2953
En el ejercicio 1991	1,2513
En el ejercicio 1992	1,2234
En el ejercicio 1993	1,2076
En el ejercicio 1994	1,1857
En el ejercicio 1995	1,1383
En el ejercicio 1996	1,0841
En el ejercicio 1997	1,0597
En el ejercicio 1998	1,0461
En el ejercicio 1999	1,0388
En el ejercicio 2000	1,0337
En el ejercicio 2001	1,0124
En el ejercicio 2002	1,0000

Los coeficientes se aplicarán: a) Sobre el precio de adquisición o coste de producción, atendiendo al año de adquisición o producción del elemento patrimonial. Tratándose de mejoras, el coeficiente será el correspondiente al año en que se hubiesen realizado. b) Sobre las amortizaciones contabilizadas, atendiendo al año en que se realizaron.

Tratándose de elementos patrimoniales actualizados (art. 5 del RD Ley 7/1996, de 7 de junio), los coeficientes se aplicarán sobre el precio de adquisición y sobre las amortizaciones contabilizadas correspondientes al mismo, sin tomar en consideración el importe del incremento neto de valor resultante de las operaciones de actualización.

La diferencia entre las cantidades determinadas por la aplicación de lo establecido en el apartado precedente se minorará en el importe del valor anterior del elemento patrimonial y al resultado se aplicará, en cuanto proceda, el coeficiente a que se refiere la letra c) del apartado 11 del artículo 15 de la Ley 43/1995.

El importe que resulte de las operaciones descritas en el párrafo anterior se minorará en el incremento neto de valor derivado de las operaciones de actualización previstas en el RD Ley 7/1996, siendo la diferencia positiva así determinada el importe de la depreciación monetaria a que hace referencia el apartado 11 del artículo 15 de la Ley 43/1995.

Para determinar el valor anterior del elemento patrimonial actualizado se tomarán los valores que hayan sido considerados a los efectos de aplicar los coeficientes establecidos en el apartado uno antes transcritos.

¡Todo sencillo y fácil de llevar a la práctica!

b) *Pago fraccionado (art. 60)*. Respecto de los períodos impositivos que se inicien durante el año 2002, el porcentaje a que se refiere el apartado 4 del artículo 38 de la Ley 43/1995, será el 18 por 100 para la modalidad de pago fraccionado previsto en el apartado 2 del mismo (sujetos pasivos cuyo plazo reglamentario de declaración estuviere vencido el primer día de los veinte naturales de los meses de abril, octubre y diciembre).

Para la modalidad prevista en el apartado 3 del indicado artículo 38 (sujetos pasivos que hubieren optado hacer pagos fraccionados sobre la parte de la base imponible del período de los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural), el porcentaje será el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto. Estarán obligados a aplicar esta modalidad los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros (999.999.999,99 ptas., o sea, los 1.000 millones a que aludía el art. 61 de la precedente Ley de Presupuestos) durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2002.

Las sociedades transparentes estarán obligadas a realizar pagos fraccionados en las condiciones establecidas con carácter general.

Salvo este inciso final, la normativa es idéntica a la del año anterior con la única diferencia obligada de referirse al año 2002, en vez de hacerlo al 2001. ¿Para qué tanto rollo si bastaría con indicar que para los pagos fraccionados se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 61 de la Ley 13/2000?

3) *Impuestos locales.*

3') *Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) (art. 61).*

Su base imponible se actualiza de acuerdo con la inflación prevista.

Según el indicado artículo 61, se actualizarán todos los valores catastrales del IBI, tanto de naturaleza rústica como urbana, mediante la aplicación del mismo coeficiente del año anterior, el 1,02.

Los términos en que se efectuará la actualización son idénticos a los prevenidos en el artículo 62 de la precedente Ley de Presupuestos Generales (*vide* Circular 6/2001 de esta Comisión de Cultura).

La única novedad está contenida en el inciso final, que establece que

la actualización se realizará una vez producida la redenominación en euros de la totalidad de los valores catastrales vigentes a 31 de diciembre de 2001, conforme a lo dispuesto en la Ley 46/1998, de 17 de ese mismo mes, sobre introducción del euro. Inciso que nos parece superfluo dado que desde 1 de enero de 2002 la única moneda de curso legal será el euro.

3") Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) (art. 62). Se modifican algunas de las tarifas contenidas en el anexo I del RD Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre. Modificaciones que la Exposición de Motivos califica de carácter técnico.

Así como el pasado año las modificaciones en nada nos afectaban profesionalmente, este año nos cabe el honor de una mención expresa, a saber:

— Se crea una Nota al Grupo 733 de la Sección Segunda de las Tarifas del Impuesto, “Notarios”, con la siguiente redacción: “Nota: Los sujetos pasivos matriculados en este Grupo podrán disponer, sin pago de cuota adicional alguna, de despachos auxiliares ubicados en los distintos Municipios de sus correspondientes circunscripciones”. Si no lo veo, no lo creo. Nos hemos tenido que restregar los ojos varias veces para cerciorarnos de que alguna vez encontramos una disposición a favor ¡*Laus Deo!*

— se suprime el Grupo 745, “Corredores de Comercio Colegiados”, de la Sección Segunda de las Tarifas del Impuesto. No podía ser de otro modo... aunque oposiciones a un Cuerpo extinguido “haberlas, haylas”.

Los sujetos pasivos afectados por estas modificaciones (realmente, por todas las modificaciones contenidas en este precepto) deberán presentar la declaración correspondiente en los términos previstos en los artículos 5, 6 ó 7, según los casos, del RD 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del IAE y se regula la delegación de competencias en materia de gestión censal de dicho impuesto.

2. Impuestos indirectos.

1) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 63).

Como única modificación la tradicional del artículo 43 del correspondiente texto refundido (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), que implica la actualización de la tarifa por transmisión y rehabilitación de grandezas y títulos nobiliarios, con efectos, esta vez, desde el 1 de enero del año 2002.

Escala	Transmisiones Directas	Transmisiones Transversales	Rehabilitación y Reconocimiento de Títulos Extranjeros
	Euros	Euros	Euros
1.º Por cada título con grandeza.	2.213,04 (368.218,87 pts.)	5.547,94 (923.099,54 pts.)	13.302,81 (2.213.401,34 pts.)
2.º Por cada grandeza sin título.	1.581,62 (263.159,42 pts.)	3.966,32 (659.940,11 pts.)	9.495,87 (1.579.979,83 pts.)
3.º Por cada título sin grandeza.	631,42 (105.059,44 pts.)	1.581,62 (263.159,42 pts.)	3.806,94 (633.421,52 pts.)

Las cantidades en pesetas son un añadido nuestro (s.e.u.o.).

3. Otros tributos.

Respecto de las TASAS, se actualiza al tipo de inflación esperado la cuantía de las tasas fijas de la Hacienda estatal; se establecen los tipos aplicables para las tasas sobre el juego y los coeficientes de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico.

Estas modificaciones están contenidas en los artículos 64 y 65 del proyecto.

4. Interés legal del dinero.

En la disposición adicional sexta se rebaja el interés legal del dinero del 5,50% al 4,25% hasta el 31 de diciembre del año 2002 y el de demora del 6,50% al 5,50% durante el mismo período.

5. Incentivos fiscales.

Se prorrogan para el año 2002 los incentivos fiscales establecidos para programas y actividades prioritarias de mecenazgo contempladas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2000 y 2001; incentivos que incluyen deducciones en la imposición directa tanto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como en el Impuesto sobre Sociedades (*vide* disp. adic. undécima del proyecto que se remite a la disp. adic. decimonovena de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 y a los apartados Dos, Tres y Cuatro de la disp. adic. vigésima de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001).

B) Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Advierte la Exposición de Motivos en su apartado II que “en materia tributaria debe tenerse en cuenta que el próximo año está previsto realizar una reforma en profundidad de la imposición directa, tanto en el IRPF como en el Impuesto sobre Sociedades. Asimismo, está previsto abordar una reforma en profundidad del marco jurídico-tributario general mediante la aprobación de una nueva Ley General Tributaria”.

No obstante lo expuesto, en el Proyecto se incluyen:

- Medidas encaminadas a incentivar el crecimiento y el empleo de acuerdo con los criterios de política económica fijados por el Gobierno para afrontar la ralentización del crecimiento económico derivado del cambio de tendencia del ciclo económico,

- ajustes técnicos exigidos por la experiencia en la aplicación de la norma,

- y algunas modificaciones exigidas por la normativa comunitaria o por otras disposiciones legales cuya entrada en vigor exige que la normativa tributaria se adapte desde el 1 de enero de 2002.

1. Impuestos directos.

1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 1 del proyecto).*

La Exposición de Motivos nos anticipa las novedades:

- Ampliación del ámbito de determinadas exenciones,

- disposición para facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a los contribuyentes casados; disposiciones que se aplicarán con carácter retroactivo desde 1 de enero de 2001, al objeto de que los declarantes puedan acogerse a la misma en la declaración del ejercicio 2001 que deberá presentarse en el 2002,

- regulación de algunos aspectos de las retenciones para dotarlas de una mayor seguridad jurídica,

- suspensión del límite conjunto de aportaciones para planes de pensiones individuales y de empleo,

- y el incremento del límite para las aportaciones realizadas por personas próximas a la jubilación y para personas con minusvalía.

Estas líneas maestras se concretan en las siguientes modificaciones, con efectos desde el 1 de enero de 2002, de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF y otras Normas Tributarias:

a) *Rentas exentas:*

- Artículo 7, letra I): “Los premios literarios, artísticos o científicos

relevantes, con las condiciones que reglamentariamente se determinen, así como los premios «Príncipe de Asturias» en sus distintas modalidades, otorgados por la Fundación Principado de Asturias». La novedad es la inclusión del premio «Príncipe de Asturias».

— Artículo 7, letra p): «Los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero». En el resto de esta letra se advierte que la única modificación que se ha introducido en orden a los requisitos es la precisión de que los rendimientos se satisfagan por la empresa o entidad no residente o un establecimiento permanente radicado en el extranjero. La exención continúa con su límite máximo de 60.101,21 euros anuales (10 millones de pesetas).

— Artículo 7, letra q): Indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Se suprime la referencia a daños «físicos o psíquicos a personas», introduciéndose la formulación más general de «daños personales».

Esta norma será aplicable a los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2001 (disp. transitoria primera).

b) *Imputación temporal*. Se añade una nueva letra i) al apartado 2 del artículo 14 con la siguiente redacción: «2) Las ayudas incluidas en el ámbito de los planes estatales para el acceso por primera vez a la vivienda en propiedad, percibidas por los contribuyentes mediante pago único en concepto de Ayuda Estatal Directa a la Entrada (AEDE) podrán imputarse por cuartas partes en el período impositivo en el que se obtengan y en los tres siguientes».

c) *Base liquidable general*. Se da nueva redacción a los números 5.º y 6.º del apartado 1.º del artículo 46:

«5.º Los límites de estas reducciones (se está refiriendo a las aportaciones a mutualidades y planes de pensiones) serán los siguientes:

a) El total de las aportaciones anuales máximas a mutualidades de previsión social y a planes de pensiones realizadas por los mutualistas o partícipes no podrá exceder de 7.212,15 euros (1.200.000 pts.), sin incluir las contribuciones empresariales que los promotores de mutualidades de previsión social o de planes de pensiones de empleo imputen a los mutualistas o partícipes.

No obstante, en el caso de mutualistas o partícipes mayores de cincuenta y dos años, el límite anterior se incrementará en 1.202,02 euros adicionales (199.999,29 pts.) por cada año de edad del partícipe que exceda de cincuenta y dos años, fijándose en 22.836,46 euros (3.799.667,23 pts.) para partícipes de sesenta y cinco años o más.

b) Las contribuciones empresariales realizadas por los promotores de mutualidades de previsión social y de planes de pensiones de empleo

a favor del contribuyente e imputadas al mismo, tendrán como límite anual máximo las cuantías establecidas en la letra a) anterior.

c) Los límites establecidos en las letras a) y b) anteriores se aplicarán de forma independiente e individual a cada partícipe integrado en la unidad familiar.

La aplicación de las reducciones previstas en los números anteriores no podrá dar lugar a una base liquidable general negativa.

6.º Con independencia de las reducciones realizadas de acuerdo con los límites anteriores, los contribuyentes cuyo cónyuge no obtenga rentas a integrar en la parte general de la base imponible o las obtenga en cuantía inferior a 7.212,15 euros anuales (1.200.000 pts.), podrán reducir en la base imponible general las aportaciones realizadas a planes de pensiones y a mutualidades de previsión social de los que sea partícipe o mutualista dicho cónyuge, con el límite máximo de 1.803,04 euros anuales (300.000,61 ptas.)”.

d) *Deducción por doble imposición internacional.* Se añade un apartado 3 al artículo 67 que quedará redactado de la siguiente forma: “3. Cuando un convenio de doble imposición internacional establezca la exención en España de determinadas rentas permitiendo tomarlas en consideración para el cálculo del importe a pagar por las restantes rentas del contribuyente, dichas rentas exentas integrarán la base liquidable a los solos efectos de determinar los tipos de gravamen a los que se refieren los artículos 50 y 61 de esta Ley”.

e) *Normas aplicables en la tributación conjunta.* Se da nueva redacción al número 1 del apartado 2 del artículo 70 para adaptarlo a la modificación que acaba de reproducirse del número 5.º del apartado 1 del artículo 46, en el sentido de que el límite máximo de reducción de la base imponible previsto en este número 5.º, a que acabamos de referirnos, será aplicado individualmente por cada partícipe o mutualista integrado en la unidad familiar.

f) *Autoliquidación.* Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 80 con la siguiente redacción:

“6. El contribuyente casado y no separado legalmente que esté obligado a presentar declaración por este Impuesto y cuya autoliquidación resulte a ingresar podrá, al tiempo de presentar su declaración, solicitar la suspensión del ingreso de la deuda tributaria, sin intereses de demora, en una cuantía igual o inferior a la devolución a la que tenga derecho su cónyuge por este mismo Impuesto.

La solicitud de suspensión del ingreso de la deuda tributaria que cumpla todos los requisitos enumerados en este apartado determinará la suspensión provisional del ingreso hasta tanto se reconozca por la Administración tributaria el derecho a la devolución a favor del otro cónyuge. El resto

de la deuda tributaria podrá fraccionarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo.

Los requisitos para obtener la suspensión provisional serán los siguientes:

a) El cónyuge cuya autoliquidación resulte a devolver deberá renunciar al cobro de la devolución hasta el importe de la deuda cuya suspensión haya sido solicitada. Asimismo, deberá aceptar que la cantidad a la que renuncia se aplique al pago de dicha deuda.

b) La deuda cuya suspensión se solicita y la devolución pretendida deberán corresponder al mismo período impositivo.

c) Ambas autoliquidaciones deberán presentarse de forma simultánea dentro del plazo que establezca el Ministro de Hacienda.

d) Los cónyuges no podrán estar acogidos al sistema de cuenta corriente tributaria regulado en el Real Decreto 1108/1999, de 25 de junio.

e) Los cónyuges deberán estar al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias en los términos previstos en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuando no proceda la suspensión por no reunirse los requisitos anteriormente señalados, la Administración practicará liquidación provisional al contribuyente que solicitó la suspensión por importe de la deuda objeto de la solicitud junto con el interés de demora calculado desde la fecha de vencimiento del plazo establecido para presentar la autoliquidación hasta la fecha de la liquidación.

Los efectos del reconocimiento del derecho a la devolución respecto a la deuda cuya suspensión se hubiera solicitado son los siguientes:

a) Si la devolución reconocida fuese igual a la deuda, ésta quedará totalmente extinguida, al igual que el derecho a la devolución.

b) Si la devolución reconocida fuese superior a la deuda, ésta se declarará totalmente extinguida y la Administración procederá a devolver la diferencia entre ambos importes de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 de esta Ley.

c) Si la devolución reconocida fuese inferior a la deuda tributaria, ésta se declarará extinguida en la parte concurrente, practicando la Administración tributaria liquidación provisional al contribuyente que solicitó la suspensión por importe de la diferencia, exigiéndole igualmente el interés de demora calculado desde la fecha de vencimiento del plazo establecido para presentar la autoliquidación hasta la fecha del reconocimiento de la liquidación.

Se considerará que no existe transmisión lucrativa a efectos fiscales entre los cónyuges por la renuncia a la devolución de uno de ellos para su aplicación al pago de la deuda del otro.

Reglamentariamente podrá regularse el procedimiento a que se refiere este apartado.”

La precedente solicitud de suspensión de ingreso es aplicable a las declaraciones correspondientes a los períodos impositivos que se inician a partir de 1 de enero de 2001 (disp. trans. segunda).

g) *Importe de los pagos a cuenta.* Se redacta de nuevo el artículo 83:

“Artículo 83. Importe de los pagos a cuenta.

1. Las retenciones e ingresos a cuenta sobre los rendimientos del trabajo derivados de relaciones laborales o estatutarias y de pensiones y haberes pasivos se fijarán reglamentariamente tomando como referencia el importe que resultaría de aplicar las tarifas a la base de la retención o ingreso a cuenta.

Para determinar el porcentaje de retención o ingreso a cuenta se podrán tener en consideración las circunstancias personales y familiares y, en su caso, las rentas del cónyuge y las reducciones y deducciones, así como las retribuciones variables previsibles, en los términos que reglamentariamente se establezcan. A estos efectos, se presumirán retribuciones variables previsibles, como mínimo, las obtenidas en el año anterior, salvo que concurran circunstancias que permitan acreditar de manera objetiva un importe inferior.

El porcentaje de retención o ingreso a cuenta se expresará en números enteros, redondeándose al más próximo.

2. El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos del trabajo que se perciban por la condición de administradores y miembros de los consejos de administración, de las juntas que hagan sus veces, y demás miembros de otros órganos representativos, será del 35 por 100. Este porcentaje de retención e ingreso a cuenta se reducirá a la mitad cuando se trate de rendimientos obtenidos en Ceuta o Melilla que tengan derecho a la deducción de la cuota prevista en el artículo 55.4 de esta Ley.

3. El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos del trabajo derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares, o derivados de la elaboración de obras literarias, artísticas o científicas, siempre que se ceda el derecho a su explotación, será del 18 por 100.

Este porcentaje se reducirá a la mitad cuando se trate de rendimientos del trabajo obtenidos en Ceuta y Melilla que tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en el artículo 55.4 de esta Ley.

4. El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos del capital mobiliario será del 18 por 100.

Este porcentaje se reducirá a la mitad cuando se trate de rendimientos que tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en el artículo 55.4 de esta Ley.

5. Los porcentajes de las retenciones e ingresos a cuenta sobre los rendimientos derivados de actividades económicas serán:

a) El 18 por 100, en el caso de los rendimientos de actividades profesionales establecidos en el Reglamento.

No obstante, se aplicará el porcentaje del 9 por 100, sobre los rendimientos de actividades profesionales que se establezcan reglamentariamente.

Estos porcentajes se reducirán a la mitad cuando los rendimientos tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en el artículo 55.4 de esta Ley.

b) El 2 por 100 en el caso de rendimientos procedentes de actividades agrícolas o ganaderas, salvo en el caso de las actividades ganaderas de engorde de porcino y avicultura, en que se aplicará el 1 por 100.

c) El 2 por 100 en el caso de rendimientos procedentes de actividades forestales.

6. El porcentaje de pagos a cuenta sobre las ganancias patrimoniales derivadas de las transmisiones o reembolsos de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva será del 18 por 100.

7. El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los premios que se entreguen como consecuencia de la participación en juegos, concursos, rifas o combinaciones aleatorias, estén o no vinculadas a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios, será del 18 por 100.

8. El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de bienes inmuebles urbanos, cualquiera que sea su calificación, será del 15 por 100.

Este porcentaje se reducirá a la mitad cuando se trate de rendimientos obtenidos en Ceuta o Melilla que tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en el artículo 55.4 de esta Ley.

9. El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos procedentes de la propiedad intelectual, industrial, de la prestación de asistencia técnica, del arrendamiento de bienes muebles, negocios o minas y del subarrendamiento sobre los bienes anteriores, cualquiera que sea su calificación, será del 18 por 100.

10. El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos procedentes de la cesión del derecho a la explotación del derecho de imagen, cualquiera que sea su calificación, será el 20 por 100. El porcentaje de ingreso a cuenta en el supuesto previsto en el artículo 76.9 de esta Ley, será del 15 por 100.

11. Los porcentajes de los pagos fraccionados que deban practicar los contribuyentes que ejerzan actividades económicas serán los siguientes:

a) El 20 por 100 cuando se trate de actividades que determinen el rendimiento neto por el régimen de estimación directa, en cualquiera de sus modalidades.

b) El 4 por 100 cuando se trate de actividades que determinen el rendimiento neto por el régimen de estimación objetiva. El porcentaje será el 3 por 100 cuando se trate de actividades que tengan sólo una persona asalariada, y el 2 por 100 cuando no se disponga de personal asalariado.

c) El 2 por 100 cuando se trate de actividades agrícolas, ganaderas, forestales o pesqueras, cualquiera que fuese el régimen de determinación del rendimiento neto.

Estos porcentajes se reducirán a la mitad, para las actividades económicas que tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en el artículo 55.4 de esta Ley.”

h) *Planes de pensiones y mutualidades de previsión social constituidos a favor de personas con minusvalía.* La cuantía de 15.025,30 euros (2.500.000 pts.) como límite máximo de las aportaciones, a efectos de lo previsto en el artículo 5.3 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de pensiones, a la que se refiere la disposición

adicional decimoséptima de la Ley 40/1998, se eleva a 22.836,46 euros (3.799.667,23 pts.), para concordarla con lo previsto en el nuevo número 5.º del apartado 1 del reformado artículo 46.

2) *Impuesto sobre Sociedades (art. 2 del proyecto).*

En esta área se adoptan importantes medidas para favorecer el crecimiento económico. Así lo proclama la Exposición de Motivos, que enumera las siguientes:

- Creación de una nueva deducción en cuota por reinversión de beneficios extraordinarios,
- ampliación de la base de deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica,
- ampliación del ámbito de aplicación de los incentivos fiscales para las PYMES,
- creación de un nuevo régimen de tributación para las entidades navieras que podrán optar por tributar en función del tonelaje,
- ampliación del límite temporal de amortización del fondo de comercio y el plazo para compensar bases imponibles negativas,
- y establecimiento de una deducción del 10 por 100 en la cuota para las aportaciones empresariales a planes de pensiones de empleo de los trabajadores con rentas inferiores a cierto umbral (medida de política económica).

Las reformas introducidas para conseguir estos objetivos en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, son:

a) *Exenciones.* Se da nueva redacción al artículo 9 diferenciándose entre exenciones totales y parciales.

Totalmente exentos del Impuesto estarán el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y demás organismos y entidades que enumeraba la redacción precedente. Obsérvese en la letra b) un cambio terminológico al sustituir la expresión “entidades autónomas de análogo carácter”, por la de “Entidades de Derecho Público de análogo carácter”.

Las exenciones parciales se enumeran en los apartados 2 y 3, a saber:

— Las entidades e instituciones sin ánimo de lucro a las que son de aplicación el Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en los términos previstos en dicho Título (apartado 2),

— y, en los términos previstos en el capítulo XV del Título VIII de esta Ley (*vide* arts. 133 a 135 de la misma): las entidades e instituciones sin ánimo de lucro no incluidas en el apartado anterior; las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas; los colegios profesionales, las

asociaciones empresariales, las cámaras oficiales, los sindicatos de trabajadores y los partidos políticos; los fondos de promoción de empleo constituidos al amparo del artículo 22 de la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre Reconversión y Reindustrialización; las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; la Entidad de Derecho Público "Puertos del Estado" y las Autoridades Portuarias.

b) *Concepto y determinación de la base imponible.* Se da nueva redacción al artículo 10, que quedará redactado en los siguientes términos:

"Artículo 10. Concepto y determinación de la base imponible.

1. La base imponible estará constituida por el importe de la renta en el período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de períodos impositivos anteriores.

2. La base imponible se determinará por el régimen de estimación directa, por el de estimación objetiva cuando esta Ley determine su aplicación y, subsidiariamente, por el de estimación indirecta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

3. En el régimen de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

4. En el régimen de estimación objetiva la base imponible se podrá determinar total o parcialmente mediante la aplicación de los signos, índices o módulos a los sectores de actividad que determine esta Ley."

c) *Correcciones de valor: amortizaciones.* Nueva redacción del apartado 4 del artículo 11, con la única novedad de que el límite anual máximo se modifica. Antes era la décima parte del importe de las dotaciones para la amortización del fondo de comercio y ahora pasará a ser la veinteaava parte.

d) *Correcciones de valor: pérdida de valor de los elementos patrimoniales.* Se reduce el plazo para que sean deducibles las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de los deudores, que pasa a ser de seis meses desde el vencimiento de la obligación; antes era de un año (nueva redacción del apartado 2 del art. 12).

Se incluye, además, un nuevo apartado 5 a dicho artículo, del siguiente tenor:

"5. Cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, cuyas rentas puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 20 bis de esta Ley, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable a la fecha de adquisición se imputará a

los bienes y derechos de la entidad no residente en territorio español, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, y la parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe, salvo que se hubiese incluido en la base de la deducción del artículo 34 de esta Ley.

La deducción de esta diferencia no estará condicionada a su inscripción contable y será compatible, en su caso, con las dotaciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo.”

e) *Subcapitalización*. Se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 20, a saber:

“3. Los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

Lo previsto en este apartado no será de aplicación a las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.”

f) *Compensación de bases impositivas negativas*. Si bien se da nueva redacción al artículo 23, las novedades se introducen (s.e.u.o.) en:

— El apartado 1, al ampliarse el plazo de diez a quince años y exigirse que las bases impositivas negativas hayan sido objeto de la oportuna liquidación o autoliquidación,

— y en el apartado 5, al añadirse como medios para acreditar la procedencia y cuantía de las bases impositivas negativas cuya compensación se pretenda la exhibición de la liquidación o autoliquidación.

La nueva normativa será de aplicación a las bases impositivas negativas pendientes de compensación al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2002 (disp. trans. cuarta).

g) *Deducción por actividades de investigación científica e innovación tecnológica*. Se da nueva redacción al larguísimo artículo 33, que se sistematiza en cinco apartados: 1. Deducción por actividades de investigación y desarrollo (subdividido en tres subapartados: concepto, base de la deducción y porcentaje de la misma). 2. Deducción por actividades de innovación tecnológica (con tres subapartados de rúbrica idéntica a los del anterior). 3. Exclusiones. 4. Interpretación y aplicación de las deducciones. 5. Desarrollo reglamentario.

La nueva redacción del artículo 33 de que se trata es la siguiente:

“Artículo 33. Deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica.

1. Deducción por actividades de investigación y desarrollo.

La realización de actividades de investigación y desarrollo dará derecho a practicar una deducción de la cuota íntegra, en las condiciones establecidas en este apartado.

a) Concepto de investigación y desarrollo.

Se considerará investigación a la indagación original y planificada que persiga descubrir nuevos conocimientos y una superior comprensión en el ámbito científico o tecnológico, y desarrollo a la aplicación de los resultados de la investigación o de cualquier otro tipo de conocimiento científico para la fabricación de nuevos materiales o productos o para el diseño de nuevos procesos o sistemas de producción, así como para la mejora tecnológica sustancial de materiales, productos, procesos o sistemas preexistentes.

Se considerará también actividad de investigación y desarrollo la materialización de los nuevos productos o procesos en un plano, esquema o diseño, así como la creación de un primer prototipo no comercializable y los proyectos de demostración inicial o proyectos piloto, siempre que los mismos no puedan convertirse o utilizarse para aplicaciones industriales o para su explotación comercial.

También se considerará actividad de investigación y desarrollo el diseño y elaboración del muestrario para el lanzamiento de nuevos productos, así como la concepción de «software» avanzado, siempre que suponga un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas y algoritmos o mediante la creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos. No se incluyen las actividades habituales o rutinarias relacionadas con el «software».

b) Base de la deducción.

La base de la deducción estará constituida por el importe de los gastos de investigación y desarrollo y, en su caso por las inversiones en elementos de inmovilizado material e inmaterial excluidos los inmuebles y terrenos.

Se considerarán gastos de investigación y desarrollo los realizados por el sujeto pasivo en cuanto estén directamente relacionados con dichas actividades y se apliquen efectivamente a la realización de las mismas, constando específicamente individualizados por proyectos.

La base de la deducción se minorará en el 65 por 100 de las subvenciones recibidas para el fomento de dichas actividades e imputables como ingreso en el período impositivo.

Los gastos de investigación y desarrollo correspondientes a actividades realizadas en el exterior también podrán ser objeto de la deducción siempre y cuando la actividad de investigación y desarrollo principal se efectúe en España y no sobrepasen el 25 por 100 del importe total invertido.

Igualmente tendrán la consideración de gastos de investigación y desarrollo las cantidades pagadas para la realización de dichas actividades en España, por encargo del sujeto pasivo, individualmente o en colaboración con otras entidades.

Las inversiones se entenderán realizadas cuando los elementos patrimoniales sean puestos en condiciones de funcionamiento.

c) Porcentajes de deducción.

1.º El 30 por 100 de los gastos efectuados en el período impositivo por este concepto.

En el caso de que los gastos efectuados en la realización de actividades de investigación y desarrollo en el período impositivo sean mayores que la media de los efectuados en los dos años anteriores, se aplicará el porcentaje establecido en el párrafo anterior hasta dicha media, y el 50 por 100 sobre el exceso respecto de la misma.

Además de la deducción que proceda conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores se practicará una deducción adicional del 10 por 100 del importe de los siguientes gastos del período:

a') Los gastos de personal de la entidad correspondientes a investigadores cualificados adscritos en exclusiva a actividades de investigación y desarrollo.

b') Los gastos correspondientes a proyectos de investigación y desarrollo contratados con Universidades, Organismos Públicos de investigación o Centros de Innovación y Tecnología, reconocidos y registrados como tales según el Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre, por el que se regulan los Centros de Innovación y Tecnología.

2.º El 10 por 100 de las inversiones en elementos de inmovilizado material e inmaterial, excluidos los inmuebles y terrenos, siempre que estén afectos exclusivamente a las actividades de investigación y desarrollo.

La deducción establecida en el párrafo anterior será incompatible para las mismas inversiones con las demás previstas en el presente capítulo.

Los elementos en que se materialice la inversión deberán permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdidas justificadas, hasta que cumplan su finalidad específica en las actividades de investigación y desarrollo, excepto que su vida útil conforme al método de amortización, admitido en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, que se aplique, fuese inferior.

2. Deducción por actividades de innovación tecnológica.

La realización de actividades de innovación tecnológica dará derecho a practicar una deducción de la cuota íntegra en las condiciones establecidas en este apartado.

a) Concepto de innovación tecnológica.

Se considerará innovación tecnológica la actividad cuyo resultado sea un avance tecnológico en la obtención de nuevos productos o procesos de producción o mejoras sustanciales de los ya existentes. Se considerarán nuevos aquellos productos o procesos cuyas características o aplicaciones, desde el punto de vista tecnológico, difieran sustancialmente de las existentes con anterioridad. También se incluyen las actividades de diagnóstico tecnológico tendentes a la identificación, la definición y la orientación de soluciones tecnológicas avanzadas realizadas por las entidades a que se refiere el punto 1.º siguiente, con independencia de los resultados en que culminen.

b) Base de la deducción.

La base de la deducción estará constituida por el importe de los gastos del período en actividades de innovación tecnológica que correspondan a los siguientes conceptos:

1.º Proyectos cuya realización se encargue a Universidades, Organismos

mos públicos de Investigación o Centros de Innovación y Tecnología, reconocidos y registrados como tales según el citado Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre.

2.º Diseño industrial e ingeniería de procesos de producción, que incluirán la concepción y la elaboración de los planos, dibujos y soportes destinados a definir los elementos descriptivos, especificaciones técnicas y características de funcionamiento necesarios para la fabricación, prueba, instalación y utilización de un producto.

3.º Adquisición de tecnología avanzada en forma de patentes, licencias, "know-how" y diseños. No darán derecho a la deducción las cantidades satisfechas a personas o entidades vinculadas al sujeto pasivo. La base correspondiente a este concepto no podrá superar la cuantía de 500.000 euros.

4.º Obtención del certificado de cumplimiento de las normas de aseguramiento de la calidad de la serie ISO 9000, GMP o similares, sin incluir aquellos gastos correspondientes a la implantación de dichas normas.

Se consideran gastos de innovación tecnológica los realizados por el sujeto pasivo en cuanto estén directamente relacionados con dichas actividades y se apliquen efectivamente a la realización de las mismas, constando específicamente individualizados por proyectos.

Los gastos de innovación tecnológica correspondientes a actividades realizadas en el exterior también podrán ser objeto de la deducción siempre y cuando la actividad de investigación y desarrollo principal se efectúe en España y no sobrepasen el 25 por 100 del importe total invertido.

Igualmente tendrán la consideración de gastos de innovación tecnológica las cantidades pagadas para la realización de dichas actividades en España, por encargo del sujeto pasivo, individualmente o en colaboración con otras entidades.

Para determinar la base de la deducción el importe de los gastos de innovación tecnológica se minorará en el 65 por 100 de las subvenciones recibidas para el fomento de dichas actividades e imputables como ingreso en el período impositivo.

c) Porcentajes de deducción.

Los porcentajes de deducción aplicables a la base de deducción establecida en el apartado b) serán del 15 por 100 para los conceptos previstos en el punto 1.º y del 10 por 100 para los previstos en los puntos restantes.

3. Exclusiones.

No se considerarán actividades de investigación y desarrollo ni de innovación tecnológica las consistentes en:

a) Las actividades que no impliquen una novedad científica o tecnológica significativa. En particular, los esfuerzos rutinarios para mejorar la calidad de productos o procesos, la adaptación de un producto o proceso de producción ya existente a los requisitos específicos impuestos por un cliente, los cambios periódicos o de temporada, así como las modificaciones estéticas o menores de productos ya existentes para diferenciarlos de otros similares.

b) Las actividades de producción industrial y provisión de servicios o de distribución de bienes y servicios. En particular, la planificación de la actividad productiva: la preparación y el inicio de la producción, incluyendo el

reglaje de herramientas y aquellas otras actividades distintas de las descritas en la letra b) del apartado anterior; la incorporación o modificación de instalaciones, máquinas, equipos y sistemas para la producción que no estén afectados a actividades calificadas como de investigación y desarrollo o de innovación; la solución de problemas técnicos de procesos productivos interrumpidos; el control de calidad y la normalización de productos y procesos; la prospección en materia de ciencias sociales y los estudios de mercado; el establecimiento de redes o instalaciones para la comercialización; el adiestramiento y la formación del personal relacionada con dichas actividades.

c) La exploración, sondeo, o prospección de minerales e hidrocarburos.

4. Interpretación y aplicación de las deducciones.

El sujeto pasivo podrá presentar consultas sobre la interpretación y aplicación de la presente deducción, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria, en los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General tributaria.

Igualmente, a efectos de aplicar la presente deducción, el sujeto pasivo podrá solicitar a la Administración tributaria la adopción de acuerdos previos de valoración de los gastos correspondientes a proyectos de investigación y desarrollo o de innovación tecnológica, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

5. Desarrollo reglamentario.

Reglamentariamente se podrán concretar los supuestos de hecho que determinan la aplicación de las deducciones contempladas en este precepto, así como el procedimiento de adopción de acuerdos de valoración a que se refiere el apartado anterior.”

h) *Deducciones por inversiones en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas y edición de libros.* Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 35, suprimiéndose como inversiones que dan derecho a practicar una deducción de la cuota íntegra las relativas a series audiovisuales de ficción, animación o documental. El resto del indicado apartado permanece inalterado.

Las deducciones por inversiones ahora suprimidas pendientes de practicar al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2002, se deducirán en los períodos impositivos concluidos con posterioridad a dicha fecha en las condiciones y requisitos previstos en la anterior redacción (disp. trans. novena).

i) *Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.* Se incorpora esta novedad a la Ley, injertándola un nuevo artículo 36 ter, cuya redacción es como sigue:

“Artículo 36 ter. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

1. Deducción en la cuota íntegra.

Se deducirá de la cuota íntegra el 17 por 100 del importe de las rentas

positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales detallados en el apartado siguiente, e integradas en la base imponible sometida al tipo general de gravamen, a condición de reinversión, en los términos y con los requisitos de este artículo.

Esta deducción será del 7 por 100 y del 2 por 100, cuando la base imponible tribute a los tipos del 25 por 100 y del 20 por 100, respectivamente.

Se entenderá que se cumple la condición de reinversión si el importe obtenido en la transmisión onerosa se reinvierte en los elementos patrimoniales a que se refiere el apartado 3 de este artículo y la renta procede de los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 2 de este artículo.

Esta deducción se aplicará con prioridad respecto a las previstas en este capítulo, sin que le resulte de aplicación el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 37 de esta Ley.

2. Elementos patrimoniales transmitidos.

Los elementos patrimoniales transmitidos, susceptibles de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en este artículo, son los siguientes:

a) Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial, que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión.

b) Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de las mismas, y que se hubieran poseído, al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión.

No se entenderán comprendidos en la presente letra los valores que no otorguen una participación en el capital social.

A los efectos de calcular el tiempo de posesión, se entenderá que los valores transmitidos han sido los más antiguos. El cómputo de la participación transmitida se referirá al período impositivo.

3. Elementos patrimoniales objeto de la reinversión.

Los elementos patrimoniales en los que debe reinvertirse el importe obtenido en la transmisión que genera la renta objeto de la deducción, son los siguientes:

a) Los pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial afectos a actividades económicas.

b) Los valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de los mismos.

No se entenderán comprendidos en la presente letra los valores que no otorguen una participación en el capital social y los representativos de la participación en el capital social o en los fondos propios de entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraíso fiscal.

4. Plazo para efectuar la reinversión.

a) La reinversión deberá realizarse dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la puesta a disposición del elemento patrimonial transmitido y los tres años posteriores, o, excepcionalmente, de acuerdo con un plan especial de reinversión aprobado por la Administración tributaria a propuesta del sujeto pasivo. Cuando se hayan realizado dos o

más transmisiones en el período impositivo de valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de toda clase de entidades, dicho plazo se computará desde la finalización del período impositivo.

La reinversión se entenderá efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materialice.

b) Tratándose de elementos patrimoniales que sean objeto de los contratos de arrendamiento financiero a los que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se considerará realizada la reinversión en la fecha de celebración del contrato, por un importe igual al valor de contado del elemento patrimonial. Los efectos de la reinversión estarán condicionados, con carácter resolutorio, al ejercicio de la opción de compra.

c) La deducción se practicará en la cuota íntegra correspondiente al período impositivo en que se efectúe la reinversión.

5. Base de la deducción.

La base de la deducción está constituida por el importe de la renta obtenida en la transmisión de los elementos patrimoniales a que se refiere el apartado 2 de este artículo.

No formarán parte de la renta obtenida en la transmisión el importe de las provisiones relativas a los elementos patrimoniales o valores, en cuanto las dotaciones a las mismas hubieran sido fiscalmente deducibles, ni las cantidades aplicadas a la libertad de amortización que deban integrarse en la base imponible con ocasión de la transmisión de los elementos patrimoniales que se acogieron a la misma.

Tratándose de los elementos patrimoniales a que hace referencia la letra a) del apartado 2 de este artículo la renta obtenida se corregirá, en su caso, en el importe de la depreciación monetaria de acuerdo con lo previsto en el apartado 11 del artículo 15 de esta Ley.

La reinversión de una cantidad inferior al importe obtenido en la transmisión dará derecho a la deducción establecida en este artículo, siendo la base de la deducción la parte de la renta que proporcionalmente corresponda a la cantidad reinvertida.

6. Exclusiones.

La deducción por reinversión de beneficios extraordinarios no se aplicará en los siguientes casos:

a) Cuando las entidades que participen en la transmisión reúnan las circunstancias requeridas para formar parte de un mismo grupo de sociedades de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio.

b) Cuando la renta obtenida por la transmisión de los elementos patrimoniales mencionados en el apartado 2 de este artículo haya generado el derecho a practicar la deducción por doble imposición.

c) Cuando sean deducibles los gastos derivados de la adquisición o utilización posterior de los elementos transmitidos, cualquiera que sea el período impositivo en el que se devenguen.

El sujeto pasivo podrá optar entre acogerse a la deducción por reinversión y la deducción de los mencionados gastos. En tal caso, la pérdida del

derecho de esta deducción se regularizará en la forma establecida en el artículo 143.3 de esta Ley.

d) Cuando los elementos en los que se materialice la reinversión se amorticen libremente o den derecho a practicar, en la base imponible o en la cuota íntegra, alguna de las deducciones o reducciones previstas por la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

7. Mantenimiento de la inversión.

a) Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deberán permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de cinco años, o de tres años si se trata de bienes muebles, excepto si su vida útil conforme al método de amortización de los admitidos en el artículo 11 de esta Ley, que se aplique, fuere inferior.

b) La transmisión de los elementos patrimoniales objeto de la reinversión antes de la finalización del plazo mencionado en el apartado anterior determinará la pérdida de la deducción, excepto si el importe obtenido o el valor neto contable, si fuera menor, es objeto de reinversión en los términos establecidos en el presente capítulo. En tal caso, la pérdida del derecho de esta deducción se regularizará en la forma establecida en el artículo 143.3 de esta Ley.

8. Planes especiales de reinversión.

Cuando se pruebe que, por sus características técnicas, la inversión debe efectuarse necesariamente en un plazo superior al previsto en el apartado 4 de este artículo, los sujetos pasivos podrán presentar planes especiales de reinversión. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para la presentación y aprobación de los planes especiales de reinversión.

9. Requisitos formales.

Los sujetos pasivos harán constar en la memoria de las cuentas anuales el importe de la renta acogida a la deducción prevista en este artículo y la fecha de la reinversión. Dicha mención deberá realizarse mientras no se cumpla el plazo de mantenimiento a que se refiere el artículo 7 de este artículo.”

En esta materia de reinversión, la disposición transitoria tercera del proyecto que examinamos establece que:

— Las rentas acogidas a la reinversión de beneficios extraordinarios prevista en el artículo 21 de la Ley del Impuesto (Ley 43/1995), según su redacción vigente hasta el 1 de enero de 2002, se reputarán por lo en él establecido y en sus normas de desarrollo, aun cuando la reinversión y demás requisitos se produzcan en períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2002,

— si la reinversión se efectúa en un período impositivo iniciado a partir de 1 de enero de 2002, el sujeto pasivo podrá aplicar la deducción a que se refiere el nuevo artículo 36 ter, a condición de que la totalidad de la renta diferida se integre en la base imponible de dicho período impositivo, y

— los sujetos pasivos que en el primer período impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2002 tuvieran rentas pendientes de integrar

en la base imponible, por haberse acogido a la reinversión de beneficios extraordinarios prevista en el artículo 21, podrán incluir en la base imponible de la primera declaración por este importe que se presente a partir de 1 de enero de 2002, total o parcialmente, dichas rentas, aplicando asimismo la deducción prevista en el artículo 36 ter por tales rentas integradas en la base imponible.

Bajo la letra z) de esta enumeración se incluirá la nueva redacción de la disposición adicional decimocuarta de esta Ley del Impuesto sobre Sociedades, que completa la regulación introducida en el reproducido artículo 36 ter.

j) *Deducción por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo.* Para lograr este objetivo se injerta en la Ley un nuevo artículo 36 quater, diferenciándose:

— Contribuciones empresariales a favor de trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros (4.492.422 pts.): deducción en la cuota del 10 por 100 de las mismas, siempre que tales contribuciones se realicen a planes de pensiones de empleo de los que sea promotor el sujeto pasivo, y

— trabajadores con retribuciones brutas anuales iguales o superiores a 27.000 euros (4.492.422 pts.): la deducción se aplicará sobre la parte proporcional de las contribuciones empresariales que correspondan al importe reseñado en el apartado anterior.

k) *Régimen de consolidación fiscal.* Se modifica íntegramente este capítulo VII del Título VIII de la Ley, empezando por su denominación, que es la reseñada al inicio de este apartado y antes era la de “Régimen en los grupos de sociedades”, y continuando por los artículos que lo integran, a saber:

— Artículo 78. *Definición.* Se sustituye la expresión “grupos de sociedades” por la de “grupos fiscales” y de acuerdo con la nueva rúbrica se entenderá por régimen individual de tributación el que correspondería a cada sociedad en caso de no ser de aplicación “el régimen de consolidación fiscal” (antes “el régimen de los grupos de sociedades”),

— artículo 79. *Sujeto pasivo.* En sus cuatro apartados se sustituye la expresión “grupo de sociedades” por la de “grupo fiscal”,

— artículo 80. *Responsabilidades tributarias derivadas de la aplicación del régimen de consolidación fiscal.* Modificación, también, meramente terminológica: “régimen de consolidación fiscal” en vez de “régimen de los grupos de consolidación” y “sociedades del grupo fiscal” en lugar de “sociedades del grupo”,

— artículo 81. *Definición del grupo fiscal. Sociedad dominante. Sociedades dependientes.* Las modificaciones son de mayor entidad, de ahí la necesidad de reproducir el nuevo artículo 81:

“Artículo 81. Definición del grupo fiscal. Sociedad dominante. Sociedades dependientes.

1. Se entenderá por grupo fiscal el conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones residentes en territorio español formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de la misma.

2. Se entenderá por sociedad dominante aquella que cumpla los requisitos siguientes:

a) Tener alguna de las formas jurídicas establecidas en el apartado anterior, o en su defecto, tener personalidad jurídica y estar sujeta y no exenta al Impuesto sobre Sociedades. Los establecimientos permanentes de entidades situados en territorio español podrán ser considerados sociedades dominantes.

b) Que tenga una participación, directa o indirecta, al menos, del 75 por 100 del capital social de otra u otras sociedades el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación.

c) Que dicha participación se mantenga durante todo el período impositivo.

El requisito de mantenimiento de la participación durante todo el período impositivo no será exigible en el supuesto de disolución de la entidad participada.

d) Que no sea dependiente de ninguna otra residente en territorio español, que reúna los requisitos para ser considerada como dominante.

e) Que no esté sometida al régimen de transparencia fiscal.

3. Se entenderá por sociedad dependiente aquella sobre la que la sociedad dominante posea una participación que reúna los requisitos contenidos en las letras b) y c) del apartado anterior.

4. No podrán formar parte de los grupos fiscales las entidades en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que estén exentas de este Impuesto.

b) Que al cierre del período impositivo se encuentren en situación de suspensión de pagos o quiebra, o incursas en la situación patrimonial prevista en el número 4.º del apartado 1 del artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aun cuando no tuvieran la forma de sociedades anónimas, a menos que con anterioridad a la conclusión del ejercicio en el que se aprueban las cuentas anuales esta última situación hubiese sido superada.

c) Las sociedades dependientes que estén sujetas al Impuesto sobre Sociedades a un tipo de gravamen diferente al de la sociedad dominante.

d) Las sociedades dependientes cuya participación se alcance a través de otra sociedad que no reúna los requisitos establecidos para formar parte del grupo fiscal.

5. El grupo fiscal se extinguirá cuando la sociedad dominante pierda dicho carácter.”

— Artículo 82. *Inclusión o exclusión de sociedades en el grupo fiscal.* Modificaciones de redacción: referencia a “grupo fiscal” (antes simplemente “grupo” o “grupo de sociedades”) y remisión al apartado 2.b) del

artículo anterior, consecuencia de la nueva redacción transcrita del artículo 81 (antes era al apartado 2.a).

Además, en los dos apartados del precepto se suprime su inciso final que obligaba a la sociedad dominante a comunicar a la Administración tributaria la identidad de las sociedades a incluir o excluir del grupo fiscal,

— artículo 83. *Determinación del dominio indirecto.* Como hemos visto, según el modificado artículo 81.2, para ser sociedad dominante hay que tener una participación, directa o indirecta, al menos del 75 por 100 del capital social de otra u otras sociedades. Dado que en la redacción anterior la participación debía ser al menos del 90 por 100, la expuesta reducción se traslada a este artículo 83 para la determinación del dominio indirecto (ahora referido a la sociedad que tenga en otra sociedad al menos el 75 por 100 de su capital social; antes, al menos el 90 por 100),

— artículo 84. *Aplicación del régimen de consolidación fiscal.* La mejor manera de conocer las novedades es reproducir la nueva redacción de este precepto:

“Artículo 84. Aplicación del régimen de consolidación fiscal.

1. El régimen de consolidación fiscal se aplicará cuando así lo acuerden todas y cada una de las sociedades que deban integrar el grupo fiscal.

2. Los acuerdos a los que se refiere el apartado anterior deberán adoptarse por la junta de accionistas u órgano equivalente de no tener forma mercantil, en cualquier fecha del período impositivo inmediato anterior al que sea de aplicación el régimen de consolidación fiscal, y surtirán efectos cuando no hayan sido impugnados o no sean susceptibles de impugnación.

3. Las sociedades que en lo sucesivo se integren en el grupo fiscal deberán cumplir las obligaciones a que se refieren los apartados anteriores, dentro de un plazo que finalizará el día en que concluya el primer período impositivo en el que deban tributar en el régimen de consolidación fiscal.

4. La falta de los acuerdos a los que se refiere este artículo determinará la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal.

5. Ejercitada la opción, el grupo fiscal quedará vinculado a este régimen de forma indefinida durante los períodos impositivos siguientes, en tanto se cumplan los requisitos del artículo 81 y mientras no se renuncie a su aplicación a través de la correspondiente declaración censal, que deberá ejercitarse, en su caso, en el plazo de dos meses a contar desde la finalización del último período impositivo de su aplicación.

6. La sociedad dominante comunicará los acuerdos mencionados en el apartado 1 de este artículo a la Administración tributaria con anterioridad al inicio del período impositivo en que sea de aplicación este régimen.

Asimismo, antes de la finalización de cada período impositivo, la sociedad dominante comunicará a la Administración tributaria la composición del grupo fiscal para dicho período, identificando las sociedades que se han integrado en él y las que han sido excluidas del mismo.”

La disposición transitoria quinta regula la aplicación en el tiempo de la nueva regulación de los grupos fiscales, estableciendo que:

— Las sociedades que cumplan las condiciones establecidas en la nueva redacción del artículo 81 para ser consideradas como dependientes, se integrarán en el grupo fiscal que estuviere tributando según el régimen de consolidación fiscal, en el primer período impositivo iniciado a partir de 1 de enero de 2002. La opción y comunicación a la que se refiere el artículo 14 deberá realizarse dentro de ese período, y

— aquellas sociedades que no pudieron optar por el régimen de consolidación fiscal, por no cumplir los requisitos establecidos en la anterior redacción del artículo 81 y, sin embargo, reúnan las condiciones del nuevo artículo 81, podrán optar por la aplicación del régimen de consolidación fiscal en el primer período impositivo iniciado a partir de 1 de enero de 2002, siempre que dicha opción y la comunicación se realice antes de la finalización de dicho período impositivo,

— artículo 85. *Determinación de la base imponible del grupo fiscal.* Además de la modificación terminológica (“grupo fiscal” en vez de “grupo de sociedades”), se añaden a este artículo:

1.º) Un nuevo sumando para la determinación de la base imponible: “d) La compensación de las bases impositivas negativas del grupo fiscal, cuando el importe de la suma de las letras anteriores resultare positiva” (apartado 1),

2.º) La exclusión a efectos de cómputo en la base imponible individual de las sociedades integrantes del grupo fiscal de “la corrección de valor de la participación en cualquiera de dichas sociedades”, y “la recuperación de valor de esa participación en cuanto no se haya considerado en la determinación de la base imponible la de la sociedad que dotó la corrección de valor” (apartado 3), y

3.º) La precisión de que las eliminaciones y las incorporaciones se realizarán de acuerdo con los criterios establecidos en el RD 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprobaron las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas,

— artículo 86. *Eliminaciones.* Solamente modificaciones terminológicas (“grupo fiscal”, “régimen de consolidación fiscal”),

— artículo 87. *Incorporaciones.* En sus dos primeros apartados la referencia se hace al “grupo fiscal”, en lugar de hacerlo al “grupo de sociedades”. Supone novedad la inclusión de un nuevo apartado 3: “Las correcciones de valor de la participación en sociedades dependientes dotadas en períodos impositivos en las que fue de aplicación el régimen de consolidación fiscal, se incorporarán en la base imponible de la sociedad que la dotó cuando las referidas sociedades dejen de formar parte del grupo fiscal y siempre que hayan asumido el derecho a la compensación

de bases imponibles negativas del grupo fiscal correspondientes a la pérdida que determinó la corrección de valor.= No se podrá realizar el mencionado cómputo cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de esta Ley, no haya bases imponibles negativas del grupo fiscal pendientes de compensar o, si existen, la sociedad que deja de pertenecer a él no contribuyó a su formación”,

— artículo 88. *Compensación de las bases imponibles negativas.* Además de la consabida modificación terminológica (“grupo fiscal” en lugar de “grupo de sociedades”), se añade en su apartado 2 un inciso final en el que se excluyen de las bases imponibles negativas, a estos solos efectos de compensación, los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el apartado 2 del artículo 28 (deducciones para evitar la doble imposición interna),

— artículo 89. *Reinversión.* Únicamente modificaciones de redacción, motivadas por la alusión a “sociedades del grupo fiscal”,

— artículo 90. *Período impositivo.* Más de lo mismo (“grupo fiscal” en vez de “grupo de sociedades”),

— artículo 91. *Cuota íntegra del grupo fiscal.* “Si no quieres dos, una tercera”. Solamente “grupo fiscal” por “grupo de sociedades”,

— artículo 92. *Deducciones y bonificaciones de la cuota íntegra del grupo fiscal.* Una vez más la modificación terminológica (“grupo fiscal” por ...), con un añadido en el segundo párrafo del apartado 1, al adicionarse que se referirán al grupo fiscal los requisitos establecidos para la aplicación de las deducciones y bonificaciones establecidas en los capítulos II, III y IV del Título VI de la Ley (arts. 28 a 37, ambos inclusive), así como para aplicar el régimen de exención prevenido en el artículo 20 bis (exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, según la redacción que le dio el artículo 26 de la Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa),

— artículo 93. *Obligaciones de información.* Sin novedad en el Alcázar. Solamente la referencia al “grupo fiscal”,

— artículo 94. *Causas determinantes de la pérdida del régimen de consolidación fiscal.* Una vez más meramente modificaciones terminológicas (“régimen de consolidación fiscal” en lugar de “régimen de los grupos de sociedades”; y “sociedades integrantes del grupo fiscal” en vez de “sociedades integrantes del grupo”),

— artículo 95. *Efectos de la pérdida del régimen de consolidación fiscal y de la extinción del grupo fiscal.* Reiteramos lo dicho respecto del artículo precedente, y

— artículo 96. *Declaración y autoliquidación del grupo fiscal.* Aunque nos repitamos más que el ajo: meras modificaciones terminológicas (“grupo fiscal”, “régimen de consolidación fiscal”).

1) *Participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente.* Se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 103:

“3. Los bienes adquiridos se valorarán, a efectos fiscales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de esta Ley.

No obstante, cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente, en al menos, un 5 por 100, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico se imputará a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, y la parte de aquella diferencia que no hubiera sido imputada será fiscalmente deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteaava parte de su importe, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la participación no hubiere sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a personas físicas residentes en territorio español, o a una entidad vinculada cuando esta última, a su vez, adquirió la participación a las referidas personas o entidades.

El requisito previsto en la presente letra se entenderá cumplido:

a') Tratándose de una participación adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a una entidad vinculada con la entidad adquirente que, a su vez, adquirió la participación de las referidas personas o entidades, cuando el importe de la diferencia mencionada en el párrafo anterior ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación.

Igualmente procederá la deducción de la indicada diferencia cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la misma ha tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este Impuesto, siempre que el transmitente no resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

b') Tratándose de una participación adquirida a personas físicas residentes en territorio español o a una entidad vinculada cuando esta última, a su vez, adquirió la participación de las referidas personas físicas, cuando se pruebe que la ganancia patrimonial obtenida por dichas personas físicas se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Que la entidad adquirente de la participación no se encuentre respecto de la entidad que la transmitió en alguno de los casos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. A estos efectos se entenderá que los casos del artículo 42 del Código de Comercio son los contemplados en la sección 1.^a del capítulo primero de las normas para la formulación de las

cuentas anuales consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre.

El requisito previsto en esta letra no se aplicará respecto del precio de adquisición de la participación satisfecho por la persona o entidad transmitente cuando a su vez la hubiese adquirido de personas o entidades no vinculadas residentes en territorio español.

Cuando se cumplan los requisitos a) y b) anteriores, la valoración que resulte de la parte imputada a los bienes amortizables del inmovilizado adquirido, *tendrá efectos fiscales, siendo deducible de la base imponible la amortización contable de dicha parte imputada, en los términos previstos en el artículo 11.*

Cuando se cumpla el requisito a), pero no se cumpla el establecido en la letra b) anterior, las dotaciones para la amortización de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico serán deducibles si se prueba que responden a una depreciación irreversible.”

La valoración resultante de la imputación a los bienes amortizables del inmovilizado que corresponda a la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico, según la precedente nueva redacción del apartado 3 del artículo 103, tendrá efectos fiscales para aquellas operaciones que se hayan inscrito a partir de 1 de enero de 2002 (disp. trans. sexta del proyecto).

m) *Obligaciones contables.* Se da nueva redacción al apartado 4 del artículo 107 en la que simplemente se expresan en euros las cantidades en que consiste la multa. Antes eran de 25.000 a 1.000.000 de pesetas, y ahora 150,25 a 6.010,12 euros que es su equivalente (aunque se redondea a gusto del consumidor, toda vez que 150,25 euros son 24.999,496 pesetas y 6.010,12 euros son 999.999,82 pesetas. Debe ser para que nos vayamos preparando...).

n) *Aportaciones no dinerarias especiales.* Se da nueva redacción al artículo 108 que quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 108. Aportaciones no dinerarias especiales.

1. El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará, a opción del sujeto pasivo de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a las aportaciones no dinerarias en las que concurren los siguientes requisitos:

a) Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en el mismo por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados.

b) Que una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo aportante de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por 100.

c) Que, en el caso de aportación de acciones o participaciones sociales por sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas,

se tendrá que cumplir además de los requisitos señalados en las letras a) y b), los siguientes:

a') Que la entidad de cuyo capital social sean representativos, sea residente en territorio español y que a dicha entidad no le sea de aplicación el Régimen de Transparencia Fiscal previsto en el capítulo VI del título VIII de esta Ley.

b') Que representen una participación, de, al menos, un 5 por 100 de los fondos propios de la entidad y que se posea dicha participación con la finalidad de dirigirla y gestionarla.

c') Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación.

d) Que las aportaciones de elementos patrimoniales distintos de las acciones o participaciones sociales realizadas por sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio, estén afectos a actividades económicas.

2. El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará también a las aportaciones de ramas de actividad, efectuadas por sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio.

3. Los elementos patrimoniales aportados no podrán ser valorados, a efectos fiscales, por un valor superior a su valor normal de mercado."

ñ) *Ámbito de aplicación: cifra de negocios.* Se amplía el importe neto de la cifra de negocios de 3 millones de euros (499.158.000 pesetas) a 5 millones (831.930.000 pesetas) para la aplicación de los incentivos fiscales en empresas de reducida dimensión (nueva redacción del art. 122, apartado 1).

o) *Libertad de amortización.* Si bien se da una nueva redacción al íntegro artículo 123, la novedad afecta únicamente al párrafo segundo de su apartado 1 al sustituirse la referencia a 15 millones de pesetas por su equivalente en euros (90.151,82).

p) *Libertad de amortización para inversiones de escaso valor.* En el correspondiente artículo 127 se sustituyen las referencias a pesetas por euros. Así se consignan 601,01 euros, en vez de 100.000 pesetas y 12.020,24 euros en lugar de 2 millones de pesetas. Las equivalencias, al igual que en el resto del proyecto, no son matemáticamente exactas, existiendo unas diferencias de céntimos en el redondeo.

q) *Amortización de elementos patrimoniales objeto de inversión.* Aunque se redacta de nuevo el artículo 127, las novedades afectan sólo a su apartado 1, en el que se suprime el calificativo de "total" al referirse a la reinversión del importe obtenido en la transmisión onerosa de elementos del inmovilizado material y la remisión al apartado 4 del artículo 36 ter, en sustitución de la que se hacía al artículo 21.1 en la anterior redacción.

r) *Tipo de gravamen.* En la nueva redacción del artículo 127 bis no se alteran los tipos de gravamen —que continúan siendo del 30 y del 35 por 100 según la base imponible—, si bien en la indicación de los correspondientes tramos se sustituyen las pesetas por euros, esto es:

— Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 90.151,81 euros (antes 0 y 15 millones de pesetas), el tipo del 30 por 100, y

— por la otra parte de base imponible restante, el tipo del 35 por 100.

Asimismo, en la referencia contenida en el párrafo segundo del precepto de que se trata a 15 millones de pesetas cuando el período impositivo tenga una duración inferior al año, se sustituye la cantidad por su equivalente de 90.151.81 euros.

s) *Contratos de arrendamiento financiero.* Se completa el anterior artículo 128 añadiéndole un nuevo apartado 11: “11. El Ministerio de Hacienda podrá determinar, según el procedimiento que reglamentariamente se establezca, el momento temporal a que se refiere el apartado 6, atendiendo a las peculiaridades del período de contratación o construcción del bien, así como de las singularidades de su explotación económica, siempre que dicha determinación no afecte al cálculo de la base imponible derivada de la explotación efectiva del bien, ni a las rentas derivadas de su transmisión que deban determinarse según las reglas del régimen general del impuesto o del régimen especial previsto en el capítulo VIII del Título VIII de esta Ley” (régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores).

t) *Ámbito de aplicación.* Las modificaciones que en materia de exenciones introduce la nueva redacción del artículo 9 (*vide* letra a) de esta enumeración) acarrea la modificación del artículo 133, que se limita a establecer que el régimen de entidades parcialmente exentas “se aplicará a las entidades a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de esta Ley”.

u) *Régimen de tributación de las entidades navieras en función del tonelaje.* Se añade dentro de los Regímenes tributarios especiales del Título VIII un nuevo capítulo: el XVII, donde se regula el de tributación de las entidades navieras en función del tonelaje. Este capítulo incluye los artículos 135 ter a 135 septies, cuya redacción es como sigue:

“Artículo 135 ter. Ámbito de aplicación.

1. Podrán acogerse al régimen especial previsto en este capítulo las entidades inscritas en alguno de los registros de Empresas Navieras referidos en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, cuya actividad comprenda la explotación de buques propios o arrendados.

2. Los buques cuya explotación posibilita la aplicación del citado régimen deben reunir los siguientes requisitos:

a) Estar gestionados estratégica y comercialmente desde España o des-

de el resto de la Unión Europea. A estos efectos, se entiende por gestión estratégica y comercial, la asunción por el propietario del buque o por el arrendatario, del control y riesgo de la actividad de navegación marítima o de trabajos en el mar.

b) Ser buques aptos para la navegación en alta mar y estar destinados exclusivamente a alguna de las siguientes actividades:

- Transporte de mercancías.
- Transporte de pasajeros.
- Actividades de salvamento, remolque y otros servicios prestados necesariamente en alta mar.

3. No podrán acogerse al presente régimen los buques destinados, directa o indirectamente, a actividades pesqueras, deportivas, de dragado y los de recreo.

Artículo 135 quater. De la base imponible.

1. Las entidades acogidas a este régimen determinarán la parte de base imponible que se corresponda con la explotación o titularidad de los buques que reúnan los requisitos del artículo anterior, aplicando a las toneladas de registro neto de cada uno de dichos buques la siguiente escala:

Toneladas de registro neto	Importe diario por cada 100 toneladas
Entre 0 y hasta 1.000	0,90 euros
Entre 1.001 y hasta 10.000	0,70 euros
Entre 10.001 y hasta 25.000	0,40 euros
Desde 25.001	0,20 euros

Para la aplicación de la escala se tomarán los días del período impositivo en los que los buques estén a disposición del sujeto pasivo, excluyendo los días en los que no estén operativos como consecuencia de reparaciones ordinarias o extraordinarias.

La aplicación de este régimen deberá abarcar a la totalidad de los buques del solicitante que cumplan los requisitos del mismo, y a los buques que se adquieran o arrienden con posterioridad a la autorización, siempre que cumplan dichos requisitos. En el caso de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal la solicitud deberá estar referida a todas las entidades del grupo fiscal que cumplan los requisitos del artículo 135 ter.

2. La renta positiva o negativa que, en su caso, se ponga de manifiesto como consecuencia de la transmisión de un buque afecto a este régimen, se considerará integrada en la base imponible calculada de acuerdo con el apartado anterior.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, dicha renta no se considerará integrada en la base imponible calculada de acuerdo con el apartado anterior cuando un sujeto pasivo que no tributaba por el régimen especial a que se refiere este capítulo, por la explotación de sus buques, sea autorizado para aplicar este régimen especial. En este caso deberá constituir, en el primer ejercicio en que sea de aplicación el mismo, una reserva indisponible por un importe equivalente a la diferencia entre el valor normal de mercado de cada uno de los buques y su valor neto contable o bien, si no resulta posible dotar dicha reserva, especificar la citada diferencia por

cada uno de los buques en la memoria de sus cuentas anuales. Esta reserva, junto con la diferencia positiva existente en la fecha de la transmisión entre la amortización fiscal y contable del buque enajenado, se añadirá a la base imponible a que se refiere la regla primera de este artículo cuando se haya producido la mencionada transmisión. De igual modo se procederá si el buque se transmite, de forma directa o indirecta, con ocasión de una operación a la que resulte de aplicación el régimen especial del capítulo VIII del Título VIII de esta Ley.

Los sujetos pasivos que adquieran un buque habiendo resultado de aplicación el régimen especial del capítulo VIII del Título VIII de esta Ley, deberán también constituir la mencionada reserva, tomando como referencia el precio de adquisición y el valor neto contable del transmitente.

3. La parte de base imponible determinada según el apartado 1 de este artículo no podrá ser compensada con bases impositivas negativas derivadas del resto de las actividades de la entidad naviera, ni del ejercicio en curso ni de los anteriores, ni tampoco con las bases impositivas pendientes de compensar en el momento de aplicación del presente régimen.

4. La determinación de la parte de base imponible que corresponda al resto de actividades del sujeto pasivo se realizará aplicando el régimen general del Impuesto, teniendo en cuenta exclusivamente las rentas procedentes de ellas.

Dicha parte de base imponible estará integrada por todos los ingresos que no procedan exclusivamente de la explotación o titularidad de los buques incluidos en el presente régimen, por los gastos directamente relacionados con la obtención de los mismos, así como por la parte de los gastos generales de administración que proporcionalmente correspondan a la cifra de negocio generada por estas actividades.

A los efectos del cumplimiento del presente régimen, la entidad deberá disponer de los registros contables necesarios para poder determinar los ingresos y gastos, directos o indirectos, correspondientes a cada uno de los buques acogidos al mismo, así como los activos afectos a su explotación.

Artículo 135 quince. Tipo de gravamen y cuota.

1. En todo caso, resultará de aplicación el tipo general de gravamen previsto en el párrafo primero del artículo 26 de esta Ley.

2. La parte de la cuota íntegra atribuible a la parte de base imponible determinada según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 135 quater no podrá reducirse por la aplicación de ningún tipo de deducción o bonificación. Asimismo, la adquisición de los buques que se afecten al presente régimen no supondrá la aplicación de ningún incentivo ni deducción fiscal.

La parte de cuota íntegra que proceda del resto de base imponible no podrá minorarse por la aplicación de deducciones generadas por la adquisición de los buques referidos antes de su afectación al régimen regulado en este capítulo.

Artículo 135 sexies. Pagos fraccionados.

Los sujetos pasivos que se acojan al presente régimen deberán efectuar pagos fraccionados de acuerdo con la modalidad establecida en el apartado 3 del artículo 38 de esta Ley aplicada sobre la base imponible calculada conforme a las reglas establecidas en el artículo 135 quater y aplicando el

porcentaje a que se refiere el artículo 135 quince, sin computar deducción alguna sobre la parte de cuota derivada de la parte de base imponible determinada según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 135 quater.

Artículo 135 septies. Aplicación del régimen.

1. El régimen tributario previsto en el presente capítulo se aplicará de la siguiente forma:

a) La aplicación del mismo estará condicionado a la autorización por el Ministerio de Hacienda, previa solicitud del sujeto pasivo. Esta autorización se concederá por un período de diez años a partir de la fecha que establezca la autorización, pudiéndose solicitar su prórroga por períodos adicionales de otros diez años.

b) La solicitud deberá especificar el período impositivo a partir del cual vaya a surtir efectos y se presentará como mínimo tres meses antes del inicio del mismo.

c) La solicitud deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses, transcurrido el cual podrá entenderse desestimada.

Para la concesión del régimen, el Ministerio de Hacienda tendrá en cuenta la existencia de una contribución efectiva a los objetivos de la política comunitaria de transporte marítimo, especialmente en lo relativo al nivel tecnológico de los buques que garantice la seguridad en la navegación y la prevención de la contaminación del medio ambiente y al mantenimiento del empleo comunitario tanto a bordo como en tareas auxiliares al transporte marítimo. A tal fin podrá recabar informe previo de los organismos competentes.

d) El incumplimiento de las condiciones del régimen o la renuncia a la aplicación del mismo impedirán formular una nueva solicitud hasta que haya transcurrido un mínimo de cinco años.

e) La Administración Tributaria podrá verificar la correcta aplicación del régimen y la concurrencia en cada ejercicio de los requisitos exigidos para su aplicación.

2. El incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente régimen implicará el cese de los efectos de la autorización correspondiente y la pérdida de la totalidad de los beneficios fiscales derivados de ella, debiendo ingresar, junto a la cuota del período impositivo en el que se produjo el incumplimiento, las cuotas íntegras correspondientes a las cantidades que hubieran debido ingresarse aplicando el régimen general de este impuesto, en la totalidad de los ejercicios a los que resultó de aplicación la autorización, junto con los intereses de demora, recargos y sanciones que, en su caso, resulten procedentes.”

v) *Obligación de colaboración.* En la nueva redacción que se da al artículo 138 se suprime la obligación que su anterior apartado 2 nos imponía a los notarios de notificar mensualmente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria de nuestro respectivo domicilio fiscal, las escrituras y demás documentos que autoricemos de constitución, modificación, transformación o extinción de toda clase de entidades. ¡Si no lo veo no lo creo... Almacenes San Mateo!

w) *Declaraciones.* Se redacta de nuevo el apartado 3 del artículo 142: “3. Los sujetos pasivos a que se refiere el capítulo XV del Título VIII de esta Ley estarán obligados a declarar la totalidad de sus rentas, exentas y no exentas”.

x) *Retenciones e ingresos a cuenta.* No se practicará retención en “las rentas obtenidas por las entidades a que se refiere el artículo 9.1 de esta Ley”. Así reza la nueva redacción de la letra a) del apartado 4 del artículo 146 y que es otra consecuencia de las modificaciones introducidas en el repetido artículo 9, que diferencia entre entidades total y parcialmente exentas (*vide* otra vez la letra a) de esta enumeración).

y) *Facultades de la Administración para determinar la base imponible.* Modificaciones de redacción en el artículo 148: “A los efectos de determinar la base imponible, la Administración tributaria aplicará las normas a que se refiere el artículo 10.3 de esta Ley”.

z) *Régimen fiscal de las transmisiones de activos realizadas en cumplimiento de disposiciones con rango de Ley y de la normativa de defensa de la competencia.* Completa, como habíamos anunciado en la letra i) de esta enumeración, la regulación del reproducido artículo 36 ter la nueva redacción de la disposición adicional decimocuarta de esta Ley del Impuesto sobre Sociedades, que es del siguiente tenor:

“Disposición adicional decimocuarta. Régimen fiscal de las transmisiones de activos realizadas en cumplimiento de disposiciones con rango de Ley y de la normativa de defensa de la competencia.

Las transmisiones de elementos patrimoniales a que se refiere el artículo 36 ter de esta Ley que se efectúen en cumplimiento de obligaciones establecidas por disposiciones con rango de Ley, publicadas a partir de 1 de enero de 2002, o por acuerdos de la Comisión Europea o del Consejo de Ministros adoptados a partir de esa misma fecha, en aplicación de las normas de defensa de la competencia en procesos de concentración empresarial, tendrán el siguiente tratamiento en el Impuesto sobre Sociedades: a) La renta positiva que se obtenga no se integrará en la base imponible, si el importe obtenido en la transmisión se reinvierte en las condiciones establecidas en el artículo 36 ter de esta Ley, teniendo en cuenta la incompatibilidad establecida en la letra d) del apartado 6 de dicho artículo. Dicha renta positiva se integrará en la base imponible del período impositivo en que se transmitan los bienes y derechos objeto de la reinversión, sin reducción ni exención alguna.

b) Los elementos patrimoniales en que se materialice la reinversión se valorarán, a efectos fiscales, por el mismo valor que tenían los bienes y derechos transmitidos. En caso de reinversión parcial, dicho valor se incrementará en el importe de la renta integrada en la base imponible.

c) El sujeto pasivo podrá presentar consultas sobre la interpretación y aplicación de la presente disposición, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria, en los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.”

3) Régimen fiscal de Cooperativas (art. 3 del proyecto).

Con efectos a partir de los períodos impositivos que se inicien desde 1 de enero de 2002, el apartado 1 del artículo 24 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, queda redactado de la siguiente forma:

“1. Si la suma algebraica a que se refiere el artículo anterior resultare negativa, su importe deberá compensarse por la cooperativa con las cuotas íntegras positivas de los períodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos. La compensación se efectuará a medida que se obtengan cuotas íntegras positivas. A los solos efectos de determinar los importes compensables, la Administración tributaria podrá comprobar las declaraciones y liquidar las cuotas negativas correspondientes aunque haya transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 64 de la Ley General Tributaria”.

Las cuotas tributarias negativas pendientes de compensación al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2002, podrán compensarse en el plazo establecido en el apartado 1 del artículo 24 de la Ley 20/1990, contado a partir de la finalización del período impositivo en el que se determinaron dichas cuotas tributarias negativas (disp. trans. séptima del proyecto).

4) Impuesto sobre la Renta de no Residentes (art. 4 del proyecto).

También con efectos desde 1 de enero de 2002 se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 41/1998, de 9 de diciembre:

— Se suprime la actual letra d) del apartado 3 del artículo 12 (rendimientos del trabajo cuando éste se preste íntegramente en el extranjero y tales rendimientos estén sujetos a un impuesto de naturaleza personal en el extranjero), pasando a ocupar la actual letra e) (rendimientos derivados de bienes inmuebles situados en el extranjero) el lugar de la suprimida,

— se añade una nueva letra j) al apartado 1 del artículo 13, con arreglo a la cual estarán exentos los rendimientos del trabajo a que acabamos de hacer mención (los del art. 16.1 de la Ley del IRPF, cuando el trabajo se preste íntegramente en el extranjero y estén sujetos a un impuesto de naturaleza personal en el extranjero), y

— se añade una nueva letra h) al apartado 1 del artículo 24, de acuerdo con la cual, el tipo de gravamen aplicable a rendimientos del trabajo percibidos por personas físicas no residentes en territorio español en virtud de un contrato de duración determinada para trabajadores extranjeros de temporada, de acuerdo a lo establecido en la normativa laboral, será el 2 por 100.

2. Impuestos indirectos

1) *Impuesto sobre el Valor Añadido (arts. 5 y 6 del proyecto).*

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA queda modificada, con efectos desde 1 de enero del año 2002, en los siguientes términos:

a) *Operaciones asimiladas a las entregas de bienes.* Se redacta de nuevo la letra c) del número 1.º del artículo 9, a saber:

“c) El cambio de afectación de bienes corporales de un sector a otro diferenciado de su actividad empresarial o profesional.

El supuesto de autoconsumo a que se refiere esta letra c) no resultará aplicable en los siguientes casos:

— Cuando, por una modificación en la normativa vigente, una determinada actividad económica pase obligatoriamente a formar parte de un sector diferenciado distinto de aquél en el que venía estando integrada con anterioridad.

— Cuando el régimen de tributación aplicable a una determinada actividad económica cambie del régimen general al régimen especial simplificado, al de la agricultura, ganadería y pesca, al del recargo de equivalencia o al de las operaciones con oro de inversión, o viceversa, incluso por el ejercicio de un derecho de opción.

Lo dispuesto en los dos guiones del párrafo anterior debe entenderse, en su caso, sin perjuicio de lo siguiente:

— De las regularizaciones de deducciones previstas en los artículos 101, 105, 106, 107, 109, 110, 112 y 113 de esta Ley.

— De la aplicación de lo previsto en el apartado dos del artículo 99 de esta Ley en relación con la rectificación de deducciones practicadas inicialmente según el destino previsible de los bienes y servicios adquiridos cuando el destino real de los mismos resulte diferente del previsto, en el caso de cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de bienes o servicios distintos de los bienes de inversión que no hubiesen sido utilizados en ninguna medida en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional con anterioridad al momento en que la actividad económica a la que estaban previsiblemente destinados en el momento en que se soportaron las cuotas pase a formar parte de un sector diferenciado distinto de aquel en el que venía estando integrada con anterioridad.

— De lo previsto en el artículo 155 de esta Ley en relación con los supuestos de comienzo o cese de actividades sujetas al régimen especial del recargo de equivalencia.

A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerarán sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional los siguientes:

a') Aquéllos en los que las actividades económicas realizadas y los regímenes de deducción aplicables sean distintos.

Se considerarán actividades económicas distintas aquéllas que tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, no se reputará distinta la actividad accesoria a otra cuando, en el año precedente, su volumen de operaciones no excediera del 15 por ciento del de esta última y, además, contribuya a su realización. Si no se hubiese ejercido la actividad accesoria durante el año precedente, en el año en curso el requisito relativo al mencionado porcentaje será aplicable según las previsiones razonables del sujeto pasivo, sin perjuicio de la regularización que proceda si el porcentaje real excediese del límite indicado.

Las actividades accesorias seguirán el mismo régimen que las actividades de las que dependan.

Los regímenes de deducción a que se refiere esta letra a') se considerarán distintos si los porcentajes de deducción, determinados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, que resultarían aplicables en la actividad o actividades distintas de la principal difiriesen en más de 50 puntos porcentuales del correspondiente a la citada actividad principal.

La actividad principal, con las actividades accesorias a la misma y las actividades económicas distintas cuyos porcentajes de deducción no difiriesen en más de 50 puntos porcentuales con el de aquella constituirán un sólo sector diferenciado.

Las actividades distintas de la principal cuyos porcentajes de deducción difiriesen en más de 50 puntos porcentuales con el de ésta constituirán otro sector diferenciado del principal.

A los efectos de lo dispuesto en esta letra a'), se considerará principal la actividad en la que se hubiese realizado mayor volumen de operaciones durante el año inmediato anterior.

b') Las actividades acogidas a los regímenes especiales simplificado, de la agricultura, ganadería y pesca, de las operaciones con oro de inversión o del recargo de equivalencia.

c') Las operaciones de arrendamiento financiero a que se refiere la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

d') Las operaciones de cesión de créditos o préstamos."

b) *Importaciones de bienes de escaso valor.* Se modifica el artículo 34. De una parte, se suprime la referencia a ecus contenida en su párrafo primero, sustituyéndose por la que se hace a euros (en lugar de 14 ecus, serán 22 euros). De otra, se elimina la excepción que comprendía los bienes objeto de venta por correspondencia (número 4.º del párrafo segundo).

c) *Devengo del impuesto.* Se da nueva redacción al apartado uno del artículo 75. Las modificaciones se refieren:

— A la introducción de un 2.º bis, conforme al cual se devengará el impuesto "cuando se trate de ejecuciones de obras, con o sin aportación de materiales, cuyas destinatarias sean las Administraciones públicas, en el momento de su recepción, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprue-

ba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, y

— a la adición al n.º 7.º de un segundo párrafo que en materia de arrendamientos, suministros y operaciones de tracto sucesivo o continuado en las que no se haya pactado precio o cuando, habiéndose pactado, no se haya determinado el momento de su exigibilidad, o la misma se haya establecido con una periodicidad superior a un año natural, establece el devengo del impuesto en el 31 de diciembre de cada año por la parte proporcional correspondiente al período transcurrido desde el inicio de la operación, o desde el anterior devengo, hasta la citada fecha.

d) *Sujetos pasivos.* Se redacta de nuevo el artículo 84, que determina quiénes serán sujetos pasivos en entregas de bienes y prestaciones de servicios.

La nueva redacción es como sigue:

“Artículo 84. Sujetos pasivos.

Uno. Serán sujetos pasivos del Impuesto:

1.º Las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al Impuesto, salvo lo dispuesto en los números siguientes.

2.º Los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas a gravamen, en los supuestos que se indican a continuación:

a) Cuando las mismas se efectúen por personas o entidades no establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto.

No obstante, lo dispuesto en esta letra no se aplicará en los siguientes casos:

a') Cuando se trate de las prestaciones de servicios en las que el destinatario tampoco esté establecido en el territorio de aplicación del Impuesto, salvo cuando se trate de prestaciones de servicios comprendidas en los artículos 70, apartado uno, números 6.º y 7.º, 72, 73 y 74 de esta Ley y el destinatario de los mismos hubiese comunicado al prestador el número de identificación que a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido tenga atribuido por la Administración española.

b') Cuando se trate de las entregas de bienes a que se refiere el artículo 68, apartados tres y cinco de esta Ley.

c') Cuando se trate de entregas de bienes que estén exentas del Impuesto por aplicación de lo previsto en los artículos 21, números 1.º y 2.º, o 25 de esta Ley.

b) Cuando se trate de entregas de oro sin elaborar o de productos semielaborados de oro, de ley igual o superior a 325 milésimas.

3.º Las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales que sean destinatarias de las operaciones sujetas a gravamen que se indican a continuación realizadas por empresarios o profesionales no establecidos en el ámbito espacial de aplicación del Impuesto, cuando hayan comunicado al empresario o profesional que las realiza el número de iden-

tificación que a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido tengan atribuido por la Administración española:

a) Las entregas subsiguientes a las adquisiciones intracomunitarias a que se refiere el artículo 26, apartado tres, de esta Ley.

b) Las prestaciones de servicios a que se refieren los artículos 70, apartado uno, números 6.º y 7.º, 72, 73 y 74 de esta Ley.

Dos. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerarán establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto los sujetos pasivos que tengan en el mismo la sede de su actividad económica, un establecimiento permanente o su domicilio fiscal, aunque no realicen las operaciones sujetas al Impuesto desde dicho establecimiento.

Tres. Tienen la consideración de sujetos pasivos las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto.”

e) *Responsables del impuesto.* El número 1.º del apartado uno del artículo 87 queda redactado de la siguiente forma: “1º. Los destinatarios de las operaciones que, mediante acción u omisión culpable o dolosa, eludan la correcta repercusión del Impuesto”.

f) *Tipos impositivos reducidos.* Se aplicará el tipo del 7 por 100 a “los transportes de viajeros y sus equipajes”. Esta nueva redacción del número 1.º del apartado Uno.2 del artículo 91 excluye a los servicios de utilización de autopistas y demás instalaciones viarias en régimen de concesión.

g) *Devoluciones a determinados empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto.* Se rubrica de este modo el capítulo III del Título VIII y su único artículo 119 se redacta del modo siguiente:

“Artículo 119. Régimen especial de devoluciones a determinados empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto.

Uno. Los empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto, en quienes concurren los requisitos previstos en el apartado siguiente, podrán ejercitar el derecho a la devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido que hayan satisfecho o, en su caso, les haya sido repercutido en dicho territorio con arreglo a lo establecido en este artículo.

A tales efectos, se asimilarán a los no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto, los empresarios o profesionales que, siendo titulares de un establecimiento permanente situado en el mencionado territorio, no realicen desde dicho establecimiento entregas de bienes ni prestaciones de servicios.

Dos. Son requisitos para el ejercicio del derecho a la devolución a que se refiere este artículo:

1.º Que los empresarios o profesionales que pretendan ejercitarlo estén establecidos en la Comunidad o, caso de no concurrir dicha circunstancia, se acredite la reciprocidad en favor de los empresarios o profesionales establecidos en España.

2.º Que durante el período a que se refiere la solicitud no hayan realizado en el territorio de aplicación del Impuesto entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al mismo distintas de las que se relacionan a continuación:

a) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios en las que los sujetos pasivos del Impuesto sean los destinatarios de las mismas, según lo dispuesto en el artículo 84, apartado uno, números 2.º y 3.º, de esta Ley.

b) Los servicios de transporte y los servicios accesorios a los transportes, exentos del Impuesto en virtud de lo dispuesto en los artículos 21, 23, 24 y 64, de esta Ley.

3.º Que, durante el período a que se refiere la solicitud, los interesados no hayan sido destinatarios de entregas de bienes ni de prestaciones de servicios de las comprendidas en los artículos 70, apartado uno, números 6.º y 7.º, 72, 73 y 74 de esta Ley, sujetas y no exentas del Impuesto y respecto de las cuales tengan dichos interesados la condición de sujetos pasivos en virtud de lo dispuesto en el número 2.º del apartado uno del artículo 84 de esta Ley.

Tres. Los empresarios o profesionales no establecidos en la Comunidad que pretendan hacer uso del derecho a la devolución regulado en este artículo, deberán nombrar previamente un representante residente en el territorio de aplicación del Impuesto a cuyo cargo estará el cumplimiento de las obligaciones formales o de procedimiento correspondientes, el cual responderá solidariamente con el interesado en los casos de devolución improcedente.

La Hacienda Pública podrá exigir a dicho representante caución suficiente a estos efectos.

Cuatro. Los empresarios o profesionales establecidos en la Comunidad en quienes concurren los requisitos previstos en este artículo tendrán derecho a solicitar la devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido que hayan satisfecho o soportado durante el período de tiempo a que se refiera la solicitud con ocasión de las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que hayan realizado, en la medida en que destinen los indicados bienes o servicios a la realización de operaciones que les originan el derecho a deducir en el Impuesto sobre el Valor Añadido tanto en aplicación de lo dispuesto en la normativa vigente en el Estado en donde estén establecidos como de lo dispuesto en esta Ley.

En la determinación del importe a devolver se aplicarán los criterios contenidos en el artículo 106 de esta Ley. A tales efectos, se tendrá en cuenta cuál es la utilización de los bienes o servicios por el empresario o profesional no establecido en la realización de operaciones que le originan el derecho a deducir, en primer lugar, según la normativa aplicable en el Estado miembro en el que esté establecido y, en segundo lugar, según lo dispuesto en esta Ley.

Lo previsto en los párrafos anteriores resultará aplicable también respecto de empresarios o profesionales establecidos en Canarias, Ceuta o Me-

lilla, teniéndose en cuenta a tales efectos las características propias de los impuestos indirectos generales sobre el consumo vigentes en dichos territorios.

Cinco. Los empresarios o profesionales establecidos fuera de la Comunidad, con excepción de los establecidos en Canarias, Ceuta o Melilla, en quienes concurren los requisitos previstos en este artículo, tendrán derecho a solicitar la devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido que hayan satisfecho o soportado durante el período de tiempo a que se refiera la solicitud con ocasión de las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que hayan realizado, a condición de que esté reconocido que en el Estado en donde estén establecidos existe reciprocidad de trato a favor de los empresarios o profesionales establecidos en España.

El reconocimiento de la existencia de la reciprocidad de trato a que se refiere el párrafo anterior se efectuará por resolución del Director General de Tributos del Ministerio de Hacienda.

Seis. No serán objeto de devolución:

1.º Las cuotas que se hubiesen soportado indebidamente con ocasión de entregas de bienes a las que resultase aplicable el supuesto de exención previsto en el número 2.º del artículo 21 de esta Ley, o el previsto en el apartado uno de su artículo 25 en los casos en que la expedición o transporte con destino a otro Estado miembro de la Comunidad de los bienes objeto de entrega sea realizada por el adquirente de los mismos o por un tercero que actúe por cuenta de aquél, sin perjuicio, en ambos casos, de la rectificación de la repercusión de dichas cuotas que proceda según lo previsto en el artículo 89 de esta Ley.

2.º El importe de las cuotas que estaría excluido del derecho a deducción por aplicación de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de esta Ley.

Siete. No serán admisibles las solicitudes de devolución por un importe global inferior a la cifra que se determine reglamentariamente.

Ocho. Las solicitudes de devolución únicamente podrán referirse a los períodos anual o trimestral inmediatamente anteriores.

No obstante, serán admisibles las solicitudes de devolución que se refieran a un período de tiempo inferior siempre que concluya el día 31 de diciembre del año que corresponda.

Nueve. La Administración tributaria podrá exigir a los interesados la aportación de la información y los justificantes necesarios para poder apreciar el fundamento de las solicitudes de devolución que se presenten y, en particular, para la correcta determinación del importe de la devolución según lo previsto en los apartados cuatro y cinco de este artículo.

Diez. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para solicitar las devoluciones a que se refiere este artículo."

h) *Obligaciones de los sujetos pasivos.* Se da nueva redacción al número 7.º del apartado uno del artículo 164. En la anterior se establecía la obligación de nombrar un representante a efectos del cumplimiento de las obligaciones impuestas en esta Ley cuando se tratase de sujetos pasivos no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto. En la

nueva se impone la misma obligación “cuando se trate de sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad (¿se refiere a la Europea?), salvo que se encuentren establecidos en un Estado con el que existen instrumentos de asistencia mutua análogos a los instituidos en la Comunidad”.

i) *Reglas especiales en materia de facturación.* “Cuando las facturas recibidas se refieran a adquisiciones por las cuales se hayan soportado cuotas del IVA cuya deducción esté sometida a un período de regularización, deberán conservarse durante su correspondiente período de regularización y los cuatro años siguientes”. Modificación del párrafo segundo del apartado dos del artículo 165. Antes la obligación era de conservar esas facturas durante el período de regularización y los cinco años siguientes.

j) *Sustitución de los umbrales fijados en ecus o pesetas por referencias a euros.* Con efectos desde 1 de enero de 2002 se introducen en la Ley del IVA las siguientes modificaciones:

— Artículo 14, primer párrafo del apartado dos: la no sujeción de las adquisiciones intracomunitarias de bienes, efectuadas por las personas indicadas en el apartado anterior, sólo se aplicará cuando el importe total de las adquisiciones de bienes procedentes de los demás Estados miembros, excluido el Impuesto devengado en dichos Estados, no haya alcanzado en el año natural precedente 10.000 euros (1.663.860 pts.). Antes el límite era el equivalente en pesetas a 10.000 ecus,

— artículo 31, apartado tres: la exención de importaciones de regalos ofrecidos normalmente por razón de matrimonio, se aplicará siempre que el valor unitario de los objetos ofrecidos como regalo no excediere de 200 euros (33.277,20 pts.). Antes el equivalente en pesetas a 200 ecus,

— artículo 35, número 2.º del apartado uno: importaciones de bienes en régimen de viajeros. Exentas del IVA los bienes contenidos en los equipajes personales de los viajeros procedentes de países terceros siempre que su valor global, por persona, no exceda de 175 euros (29.117,55 pts.) o, tratándose de viajeros menores de quince años de edad, de 90 euros (14.974,74 pts.). Los límites anteriores eran, respectivamente, 175 y 90 ecus,

— artículo 36, número 4.º del apartado dos: se consideran pequeños envíos sin carácter comercial y, por tanto, sus importaciones exentas del IVA, los que, además de reunir las características que enumera el citado apartado dos, su valor global no exceda de 45 euros (7.487,37 pts.), antes 45 ecus, y

— artículo 68, primer párrafo del número 4.º del apartado tres: lugar de realización de las entregas. Se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del Impuesto las entregas de bienes cuya expedición o transporte se inicie en otro Estado miembro con destino al mencionado

territorio cuando el importe total, excluido el Impuesto, de las entregas, con los requisitos de los tres números anteriores, haya excedido durante el año natural precedente la cantidad de 35.000 euros (5.823.510 pts.). Antes la cantidad era de 4.550.000 pesetas.

2) *Impuestos especiales (art. 7 del proyecto).*

Los tipos impositivos establecidos en el artículo 60 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, se mantienen; la única modificación afecta a la letra b) del epígrafe 2 referente a los cigarrillos, que estarán gravados simultáneamente con: a) Tipo proporcional: 54% (sin alteración) y b) Tipo específico: 3,91 euros (650,5692 pts.) por cada mil cigarrillos. El tipo específico precedente era de 500 pts., también por cada mil cigarrillos.

3) *Régimen económico fiscal de Canarias (arts. 8, 9 y 10 del proyecto).*

Las modificaciones afectan:

— A las leyes 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias y 10/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias,

— Ley 20/1991, de 7 de junio, citada, en cuanto al Libro segundo que pasa a denominarse “Arbitrio sobre Imputaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias”, y

— a la disposición adicional sexta de la repetida Ley 20/1991.

A los citados artículos 8, 9 y 10 del proyecto nos remitimos. Nuestra ignorancia sobre el sistema fiscal canario y razones de tiempo nos obligan a ello.

3. Otros tributos.

TASAS (arts. 11 a 20 del proyecto).

Las modificaciones propuestas son:

— Artículo 73 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones,

— Ley 16/1979, de 2 de octubre, sobre Tasas de la Jefatura Central de Tráfico (arts. 5, 6, 11 y 15),

— Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 16) y Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, modificada por la Ley 25/1998, de 13 de julio (tasas de control meteorológico),

— Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (disp. adic. decimosexta, tasa por actuaciones de los Registros de buques y empresas navieras),

— Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (apartado seis del art. 17, tasa por expedición de Títulos Profesionales Marítimos y de Recreo),

— Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (disp. adic. duodécima, financiación de la Comisión Nacional de Energía),

— Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 22, exención de la Tasa por prestación de servicios y realización de actividades en materia de navegación aérea para aeronaves históricas),

— Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (apartados Cuatro y Siete del art. 33, tasas por Inscripción y de Acreditación Catastral).

Desde el punto de vista notarial constatar que estarán exentos de la tasa de acreditación catastral los notarios y registradores respecto a las relativas a la gestión de la referencia catastral en los casos previstos en los artículos 51.tres y 53.uno de la Ley de que se trata; y estarán exentos de la tasa por inscripción catastral quienes soliciten la inscripción mediante la presentación de declaraciones elaboradas con el programa informático de ayuda suministrado por la Dirección General del Catastro.

La cuantía de la tasa no se modifica: a) Para los casos de inscripción catastral, 3,00 euros (499,16 pts., que serán 500 como en el ejercicio anterior) por cada una de las parcelas rústicas y de 6,00 euros (1.000 pts.) por cada una de las unidades urbanas, excepto para los cambios de cultivo y aprovechamiento en los bienes inmuebles rústicos que será de 3,00 euros (500 pts.) por cada una de las subparcelas; b) para los casos de acreditación catastral, 3,00 euros por cada documento expedido y 3,00 euros por cada una de las unidades urbanas o parcelas rústicas a que se refiere el documento,

— Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 11, tasas de aproximación en los aeropuertos nacionales –RD 1064/1991, de 5 de julio, sobre Derechos Aeroporuarios en los Aeropuertos Nacionales y RD 1268/1994, de 10 de junio, por el que se actualizan los tipos de gravamen y se modifica parcialmente el anterior RD–),

— Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (art. 117, tasas exigibles por los servicios y actividades realizadas en materia de medicamentos).

4. Otras modificaciones.

1) *Ley General Tributaria (art. 21 del proyecto)*. Las modificaciones que se introducen en la Ley 30/1963, de 28 de diciembre, son:

— Artículo 43, apartado 2. La representación del sujeto pasivo para interponer recursos o reclamaciones, desistir de ellos, renunciar derechos, asumir o reconocer obligaciones y solicitar devoluciones o reembolsos, deberá acreditarse por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna o mediante comparecencia ante el órgano administrativo competente. Para los actos de mero trámite se presumirá concedida la representación. Cuando en los procedimientos regulados en el Título III de esta Ley sea necesaria la firma del sujeto pasivo, la representación deberá acreditarse por alguno de los medios que se acaban de indicar, siendo válidos, a estos efectos, los documentos normalizados que apruebe la Administración tributaria,

— artículo 105, párrafo segundo. Se añade un segundo párrafo al apartado 3, por lo que el actual párrafo segundo pasa a ser el tercero. La novedad afecta a la práctica de las notificaciones mediante el empleo y utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a cuyos efectos la Administración establecerá los oportunos requisitos,

— artículo 105. Se añade un nuevo apartado 8. Posibilidad de practicar las notificaciones a solicitud del interesado en un apartado postal o en una dirección de correo electrónico. Interesante novedad de la que el legislador notarial podría tomar nota,

— artículo 123 (liquidaciones provisionales de oficio),

— artículo 130. Se añade un segundo párrafo, en el que se faculta a la Administración tributaria para optar por el embargo y enajenación de otros bienes o derechos con anterioridad a la ejecución de la garantía cuando ésta no sea proporcionada a la deuda garantizada, resulte de costosa o compleja ejecución, pueda producir demoras en el procedimiento, pueda causar daños o perjuicios de difícil o imposible reparación o cuando el obligado lo solicite, señalando bienes suficientes al efecto. En estos casos, la garantía prestada quedará sin efecto en la parte asegurada por los embargos.

2) *Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (art. 22 del proyecto)*. Renovaciones del Catastro Rústico.

3) *Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de pensiones (art. 23 del proyecto)*. Se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 5 (fijación de las aportaciones anuales máximas). Sin incluir las contribuciones empresariales, las mismas no podrán exceder de

7.212,15 euros (1.200.000 pts.), salvo cuando se trate de partícipes mayores de cincuenta y dos años, en cuyo caso el límite anterior se incrementará en 1.202,02 euros –200.000 pts.– por cada año de edad del partícipe que exceda de dichos años, fijándose en 22.838,46 euros –3.800.000 pts.– para partícipes de sesenta y cinco años o más.

Asimismo, se modifica la letra a) del apartado 6 del artículo 8.º (jubilación, para lo que se estará a lo previsto en el Régimen de Seguridad Social correspondiente. Podrá anticiparse la percepción de la prestación a partir de los 60 años de edad, en los términos que se establezcan reglamentariamente).

4) *Ley General de la Seguridad Social y texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, aprobado por el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (art. 28 del proyecto).* Queda suprimida la obligación de los empresarios de llevar un Libro de Matrícula del Personal que imponía el artículo 101 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y derogados el artículo 101 de la misma y el apartado 3 del artículo 22 del RD Legislativo citado.

5) *Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 51 del proyecto).* Se añade a esta Ley una nueva disposición adicional, la decimoctava, relativa a la presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

6) *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (art. 53 del proyecto).* Modificación del artículo 65, apartado 1 (se pueden cubrir los riesgos de muerte, viudedad, orfandad y jubilación, garantizando prestaciones económicas en forma de capital o renta). Asimismo, podrán otorgar prestaciones por razón de matrimonio, maternidad, hijos y defunción y podrán realizar operaciones de seguro de accidentes e invalidez para el trabajo, enfermedad, defensa jurídica y asistencia, así como prestar ayudas familiares para subvenir a necesidades motivadas por hechos o actos jurídicos que impidan temporalmente el ejercicio de la profesión. Las prestaciones económicas que se garanticen no podrán exceder de 21.000 euros (3.494.206 pts.) como renta anual ni de su equivalente actuarial como percepción única de capital, límite actualizable por el Ministro de Economía. Aquellas mutualidades que se hallen incursas en alguna de las situaciones previstas en los artículos 26 ó 39.1 de esta Ley, las prestaciones económicas que se garanticen no podrán exceder de 18.000 euros (2.994.948 pts.) como renta anual, ni de 78.000 euros (12.978.109 pts.) como percepción única de capital.

7) *Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro (art. 54 del proyecto)*. Se añade una nueva disposición adicional, la cuarta, atribuyendo competencias al Banco de España para la detección de billetes y monedas falsos denominados en euros; reconociéndole como Centro Nacional de Análisis (CNA) y Centro Nacional de Análisis de Moneda (CNAM), por cuenta del Tesoro Público; y considerando infracción administrativa grave por parte de las entidades de crédito, de los establecimientos de cambio de moneda y de las restantes entidades que participen en la manipulación y entrega al público de billetes y monedas a título profesional, el incumplimiento de la obligación de retirar de la circulación todos los que hayan recibido y cuya falsedad le conste o puedan suponer fundamentalmente. Multa de 30.000 hasta un millón de euros.

8) *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (disp. adic. primera)*. Se modifica su artículo 73 según el cual el pago de las deudas tributarias podrá efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente. Las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la entrega de dichos bienes estarán exentas del IRPF o del Impuesto sobre Sociedades.

9) *Acceso a los datos catastrales (disp. adic. segunda)*. Todos podrán acceder a la información de los inmuebles de su titularidad y a la información de datos no protegidos contenidos en el Catastro. Tienen la consideración de datos protegidos el nombre, apellidos, razón social, código de identificación y domicilio de los titulares y sujetos pasivos del IBI, así como el valor catastral y los valores del suelo y, en su caso, de la construcción, de los bienes inmuebles individualizados.

En el apartado Dos de esta disposición adicional se enumeran las entidades o personas que podrán acceder a la información catastral protegida y en el Tres se incluyen como personas facultadas para ello a los notarios y registradores para el cumplimiento y ejecución de lo establecido en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sobre la referencia catastral, con excepción del valor catastral de cada uno de los inmuebles.

10) *Subvenciones del transporte aéreo para residentes en las Islas Canarias, Illes Balears, Ceuta y Melilla (disp. adic. quinta)*. Se amplía al año 2002 la autorización concedida al Gobierno para modificar la cuantía de las subvenciones al transporte aéreo para residentes. En todo caso,

para las Comunidades de Canarias y de las Illes Balears se estará a lo regulado en el artículo 6 de la Ley 19/1994, de 6 de junio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, así como en el artículo 5 de la Ley 30/1998, de 29 de julio, del Régimen Especial de las Illes Balears, respectivamente.

* * * * *

Cada año nos hemos lamentado de que la Circular relativa a las siempre inquietantes Leyes de Presupuestos Generales y Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social viera la luz con relativo retraso (la del año pasado lo hizo el 14 de febrero, Circular n.º 6/2001). Esperamos que esta vez el ansia informativa no nos haya conducido a obligaros a leer material no útil por no ajustarse las leyes definitivamente aprobadas a lo proyectado. Crucemos los dedos.

**LEYES 23 Y 24/2001, AMBAS
DE 27 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS
GENERALES DEL ESTADO PARA
EL AÑO 2002 Y DE MEDIDAS FISCALES,
ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN
SOCIAL, RESPECTIVAMENTE (*)**

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS
Notario Honorario

SUMARIO: **A.** LEY 23/2001 DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. **1.** Impuestos directos. **1)** *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.* **2)** *Impuesto sobre Sociedades.* **3)** *Impuestos locales.* **2.** Impuestos indirectos. **3.** Otros tributos. **4.** Interés legal del dinero. **5.** Incentivos fiscales. **B.** LEY 24/2001 DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL. **1.** Impuestos directos. **1)** *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 1).* **2)** *Impuesto sobre Sociedades (art. 2).* **3)** *Régimen fiscal de Cooperativas (art. 3).* **4)** *Impuesto sobre la Renta de no Residentes (art. 4).* **2.** Impuestos indirectos. **1)** *Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) (arts. 5 y 6).* **2)** *Impuestos especiales (arts. 7 y 8).* **3)** *Impuesto sobre las Ventas Minoristas de deter-*

(*) Circular n.º 25, de 12 de marzo de 2002, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

minados Hidrocarburos (art. 9). 4) Régimen económico fiscal de Canarias. 5) Impuesto sobre la producción, los servicios y la importación en las ciudades de Ceuta y Melilla (art. 13). 3. Otros tributos. 1) Tasas (arts. 14 a 29). 4. Otras modificaciones.

El pasado año elaboramos la Circular 95, fechada el 14 de diciembre, en la que dábamos cuenta de las novedades, especialmente de materia tributaria, contenidas en los Proyectos de Ley de Presupuestos y Medidas Fiscales y lo hacíamos con la intención de adelantar acontecimientos y con la esperanza de que la aprobación definitiva de los mismos no introdujera excesivas modificaciones. Aprobadas ambas leyes veremos si nuestros pronósticos/esperanzas eran acertados o no.

A. Ley 23/2001 de Presupuestos Generales del Estado

Por lo que afecta a su E. de M. solamente advertimos que en el párrafo referente a las tasas por reserva del dominio público radioeléctrico (*vide* apartado VII) se ha añadido que sus coeficientes se reducen “sustancialmente para adecuar la cuantía de la tasa al valor del espectro radioeléctrico y a la rentabilidad que puedan obtener los operadores, de acuerdo a la situación actual del sector de las telecomunicaciones en Europa y en nuestro país”.

1. Impuestos directos.

1) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

a) *Coeficiente de actualización del valor de adquisición* (art. 58). Sin novedad en el Alcázar.

b) *Compensación fiscal de los arrendatarios de vivienda habitual en 2001* (disp. transitoria primera). No se modifica el texto proyectado.

c) *Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2001* (disp. transitoria segunda). Tampoco hay modificaciones.

2) Impuesto sobre Sociedades.

a) *Coeficiente de corrección monetaria* (art. 59). Sin modificación.

b) *Pago fraccionado* (art. 60). Sin modificación.

3) *Impuestos locales.*

3') *Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)* (art. 61). Tampoco hay novedades.

3'') *Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE)* (art. 62). Las novedades –que no son de interés notarial– afectan a las modificaciones de las notas a los Grupos 471 y 472 de la Sección Primera de las tarifas del Impuesto (fabricación de pasta para papel y cartón, etc.) y se introducen añadiendo al apartado Uno del artículo 62 de que se trata los núms 5.º y 6.º, respectivamente.

2. *Impuestos indirectos.*

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 63). No hay novedad en la proyectada actualización de la tarifa por transmisión y rehabilitación de grandezas y títulos nobiliarios (art. 43 del texto refundido de este Impuesto, aprobado por el RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).

Impuestos especiales. Aun cuando en la E. de M. no se alude expresamente a este punto, son novedades:

— Artículo 64: Impuesto sobre la cerveza (apar. 1 del art. 26 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales),

— artículo 65: Impuesto sobre productos intermedios (apar. 5 del art. 23 y art. 34 de la citada Ley). Atención los canarios... evidentemente no nos referimos a los pájaros,

— artículo 66: Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas (apar. 6 del art. 23; art. 39; n.º 5 de los párrafos a) y b) del apar. 2 del art. 40; apar. 4 del propio art. 40; y art. 41 de la repetida Ley). Asimismo, atención los canarios.

3. *Otros tributos.*

Las modificaciones en materia de TASAS, contenidas en los proyectados artículos 64 y 65, se incorporan a los definitivos artículos 67 y 68. El primero de ellos referido a las que afectan a los juegos de suerte, envite o azar y el segundo a la cuantificación de los coeficientes por reserva del dominio público radioeléctrico a la que se refiere el artículo 73 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

4. Interés legal del dinero.

En la disposición adicional séptima se mantienen las rebajas del interés legal del dinero (4'25 por 100) y del de demora (5'50 por 100) que recogía la proyectada disposición adicional sexta y que ha corrido un número por haberse introducido una adicional sexta nueva, referida al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en el año 2002 (incremento real experimentado por el IPC en el periodo noviembre 2000 a noviembre de 2001).

5. Incentivos fiscales.

La disposición adicional duodécima mantiene en sus apartados Dos y Tres la prórroga para el año 2002 de los incentivos fiscales establecidos para programas y actividades prioritarias de mecenazgo contempladas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2000 y 2001 y a los que hacía referencia la proyectada disposición adicional undécima.

Se añade, como novedad, en la disposición adicional duodécima un apartado nuevo, bajo el número Uno, en el que se establece que “A efectos de lo previsto en el artículo 67 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, durante el ejercicio del año 2002 gozarán de una deducción del 25 por 100 en la cuota del IRPF o de la consideración de partida deducible en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que no podrá exceder del 15 por 100 de la base imponible previa a esta deducción, las cantidades donadas a las entidades e instituciones a que se refieren el artículo 41 y la disposición adicional sexta de la citada Ley 30/1994, para la conservación, restauración o rehabilitación de los bienes del Patrimonio Histórico Español que se relacionan en el anexo VII de esta Ley”.

B. Ley 24/2001 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

El apartado II de la E. de M., referido a materia tributaria, es reproducción casi idéntica del proyectado. Adviértase, no obstante, lo siguiente:

— Que en su párrafo 10 se alude al modelo de financiación de las Comunidades Autónomas, destacándose que se establece el nuevo impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, con la condición de impuesto estatal cedido a las CCAA y quedando afectada

su recaudación a la cobertura de los gastos en materia de sanidad y, en su caso, de los de actuaciones medio ambientales, y

— que en su párrafo 12, en materia de tasas se sustituye la referencia a “las tasas del sector de Hidrocarburos” por la de “tasas de la Comisión Nacional de la Energía”; que en orden a las tasas por aproximación y por prestación de servicios en materia de navegación aérea se suprime el anterior calificativo de “para aeronaves históricas”; y que se incluyen como modificadas, las tasas por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario, las tasas de la marina mercante, la tasa de seguridad en el transporte ferroviario y la tasa de seguridad portuaria.

1. Impuestos directos.

1) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 1).*

Se mantienen las novedades recogidas en la Circular 95/2001, que estamos intentando actualizar, con las siguientes excepciones:

a) *Rentas exentas:* artículo 7.º, letra p). En los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero se suprime la necesidad —que recogía el requisito 1.º del proyecto— de que los mismos se satisfagan por la empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero.

b) *Concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales:* artículo 31. Se adiciona una letra d) a su apartado tres, según la cual se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial, “En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan adjudicaciones por causa distintas de la pensión compensatoria entre cónyuges.= El supuesto al que se refiere esta letra no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de valores de los bienes o derechos adjudicados”.

c) *Base liquidable general:* en el párrafo primero de la proyectada letra b) del número 5.º del apartado 1 del artículo 46 se añaden las palabras “el conjunto” (antes decía “Las contribuciones empresariales realizadas por los promotores...” y ahora se dice “El conjunto de las contribuciones empresariales realizadas por los promotores...”); se adiciona un párrafo segundo del siguiente tenor: “Las aportaciones propias que el empresario individual realice a mutualidades de previsión social o a planes de pensiones de empleo de los que a su vez sea promotor y participe o mutualista se entenderán incluidas dentro de este mismo límite”; y se suprime su anterior párrafo segundo (“La aplicación de las reducciones previstas en los números anteriores no podrá dar lugar a una base liquidable general negativa”), que pasa a ser nuevo número 7.º y, en su

consecuencia se predica asimismo de las reducciones enumeradas en el número 6.º, que quedaban excluidas en el texto proyectado.

d) *Deducciones*. Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 55: “Deducciones en actividades económicas.= A los contribuyentes por este Impuesto que ejerzan actividades económicas, le serán de aplicación los incentivos y estímulos a la inversión empresarial establecidos o que se establezcan en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, con excepción de la deducción prevista en el artículo 36.ter de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (deducciones por reinversión de beneficios extraordinarios que introduce esta Ley 24/2001 y al que nos referiremos más adelante).= No obstante, estos incentivos sólo serán de aplicación a los contribuyentes en régimen de estimación objetiva cuando así se establezcan reglamentariamente teniendo en cuenta las características y obligaciones formales del citado régimen”.

e) *Deducción por doble imposición internacional*. Se suprime la adición al artículo 67 del proyectado apartado 3.

f) *Normas aplicables en la tributación conjunta*. Se retoca la redacción del número 1.º del apartado 2 del artículo 70 para adaptarlo a las modificaciones introducidas en los números 5.º y 7.º del apartado 1 del artículo 46, en el sentido de que el límite máximo de reducción de la base imponible previstos en dichos números 5.º y 7.º (en el proyecto sólo se incluía el número 5.º), será aplicado individualmente por cada partícipe o mutualista integrado en la unidad familiar.

g) *Autoliquidación*. En el proyectado apartado 6 del artículo 80 se intercala entre los párrafos primero y segundo de su letra e) –requisitos para obtener la suspensión provisional– el siguiente: “La Administración notificará a ambos cónyuges dentro del plazo previsto en el apartado 1 del artículo 85 de esta Ley, el acuerdo que se adopte con expresión, en su caso, de la deuda extinguida y de las devoluciones o ingresos adicionales que procedan”.

h) *Importe de los pagos a cuenta*. Se mantiene la nueva redacción dada al artículo 83, excepto en cuanto al párrafo 2.º de su número 4, referida al porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos del capital mobiliario cuando se trate de rendimientos que tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en el artículo 55,4 de esta Ley (rentas obtenidas en Ceuta o Melilla), respecto de las cuales se seguirá aplicando la reducción de la mitad (por tanto, el 9%) como establecía el proyecto, si bien se añade que dichos rendimientos han de proceder “de sociedades que operen efectiva y materialmente en Ceuta o Melilla y con domicilio y objeto social exclusivo en dichas Ciudades”.

i) *Subvenciones de la política agraria comunitaria y ayudas públicas*. Se añade una nueva letra e) al apartado 1 de la disposición adicional vi-

gésimosegunda de la Ley 40/1998, en el sentido de que no se integrarán en la base imponible del IRPF o del Impuesto sobre Sociedades las rentas positivas que se pongan de manifiesto como consecuencia de: “La percepción de indemnizaciones públicas, a causa del sacrificio de la cabaña ganadera, en el marco de actuaciones destinadas a la erradicación de epidemias o enfermedades.= Esta disposición sólo afectará a los animales destinados a la reproducción”.

2) *Impuesto sobre Sociedades (art. 2).*

Son novedades con relación al texto proyectado, las siguientes:

a) *Provisión para riesgos y gastos.* Se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 13, en los siguientes términos: “Serán deducibles las contribuciones de los promotores de planes de pensiones regulados en la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. Dichas contribuciones se imputarán a cada partícipe en la parte correspondiente, salvo las realizadas a favor de beneficiarios de manera extraordinaria por aplicación del artículo 5.3 d) de la Ley 8/1987.= Serán igualmente deducibles las contribuciones para la cobertura de contingencias análogas a la de los planes de pensiones, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: =a) Que sean imputados fiscalmente a las personas a quienes se vinculan las prestaciones.= b) Que se transmita de forma irrevocable el derecho a la percepción de las prestaciones futuras.= c) Que se transmita la titularidad y la gestión de los recursos en que consistan dichas contribuciones”.

b) *Compensación de bases impositivas negativas.* En el apartado 1 del artículo 23 apreciamos, de una parte, un error –a nuestro entender faltan las palabras “de la oportuna” en el primer inciso. “Las bases impositivas negativas que hayan sido objeto liquidación o autoliquidación...” no tiene sentido; sí lo tenía el texto proyectado: “Las bases impositivas negativas que hayan sido objeto de la oportuna liquidación o autoliquidación...”. Y de otra, un cambio de sentido, por cuanto en el proyecto la compensación era obligatoria (“deberán ser compensadas”), mientras que en la Ley pasa a ser optativa (“podrán ser compensadas”).

c) *Deducción para evitar la doble imposición interna: Dividendos y plusvalías de fuente interna.* Se da nueva redacción a las letras a') y b') de la letra e) del apartado 4 del artículo 28, a saber:

“a) El sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la depreciación del valor de la participación se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tributando a alguno de los tipos de gravamen previstos en los apartados 1, 2 y 7 del artículo 26 o en el artículo 127 bis de esta Ley, en concepto de renta obtenida por las sucesivas

entidades propietarias de la participación con ocasión de su transmisión, y que dicha renta no haya tenido derecho a la deducción por doble imposición interna de plusvalías.

En el supuesto previsto en la presente letra a'), cuando las anteriores entidades propietarias de la participación hubieren aplicado a las rentas por ellas obtenidas con ocasión de su transmisión la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, la deducción será del 18 por 100 del importe del dividendo o de la participación en beneficios.

La deducción se practicará parcialmente cuando la prueba a que se refiere la presente letra tenga carácter parcial.

b') El sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la depreciación del valor de la participación se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en concepto de renta obtenida por las sucesivas personas físicas propietarias de la participación, con la ocasión de su transmisión. La deducción se practicará parcialmente cuando la prueba a que se refiere la presente letra tenga carácter parcial.

En el supuesto previsto en la presente letra b') la deducción no podrá exceder del importe resultante de aplicar al dividendo o a la participación en beneficios el tipo de gravamen que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas corresponde a las ganancias de capital integradas en la parte especial de la base imponible".

d) *Deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica.* Respecto del larguísimo artículo 33 proyectado apreciamos las siguientes diferencias:

— Apartado 2 (deducción por actividades de innovación tecnológica). En su letra a) —concepto de innovación tecnológica— se introduce un párrafo intermedio, según el cual "Esta actividad incluirá la materialización de los nuevos productos o procesos en un plano, esquema o diseño, así como la creación de un primer prototipo no comercializable y los proyectos de demostración inicial o proyectos piloto, siempre que los mismos no puedan convertirse o utilizarse para aplicaciones industriales o para su explotación comercial", y

— apartado final. Se añade tras el número 5 que "Se considerarán gastos de investigación y desarrollo los realizados por el sujeto pasivo, incluidas las amortizaciones de los bienes afectos a las citadas actividades, en cuanto estén directamente relacionadas con dichas actividades y se apliquen efectivamente a la realización de las mismas, constanding específicamente individualizadas por proyectos".

e) *Deducciones por inversiones en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas y edición de libros.* Se da marcha atrás y se elimina la supresión como inversiones que dan derecho a deducción las relativas a series audiovisuales de ficción, animación o documental; que

vuelven a incluirse en el apartado 2 del artículo 35. Consecuencia de ello es la desaparición de la proyectada disposición transitoria novena.

También en este ámbito de las deducciones por inversiones se modifica la redacción del apartado 4 del mentado artículo 35. Innovación que no se recogía en el proyecto y que consiste en la inclusión de las inversiones realizadas por las entidades que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 122 de esta Ley (empresas de reducida dimensión) en bienes de activo material nuevos destinados al aprovechamiento de fuentes de energías renovables (del sol, residuos sólidos urbanos, etc.). La duración es del 10 por 100 del importe de las inversiones.

El apartado 4 a que nos estamos refiriendo queda redactado del modo siguiente:

“4. Las inversiones realizadas en bienes del activo material destinadas a la protección del medio ambiente consistentes en instalaciones que eviten la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales, contra la contaminación de aguas superficiales, subterráneas y marinas para la reducción, recuperación o tratamiento de residuos industriales para el cumplimiento o, en su caso, mejora de la normativa vigente en dichos ámbitos de actuación, darán derecho a practicar una deducción en la cuota íntegra de 10 por 100 de las inversiones que estén incluidas en programas, convenios o acuerdos con la Administración competente en materia medioambiental, quien deberá expedir la certificación de la convalidación de la inversión.

La deducción prevista en el párrafo también se aplicará en el supuesto de adquisición de nuevos vehículos industriales o comerciales de transporte por carretera, sólo para aquella parte de la inversión que reglamentariamente se determine que contribuye de manera efectiva a la reducción de la contaminación atmosférica.

Asimismo, las entidades que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 122 de esta Ley tendrán derecho a una deducción de la cuota íntegra del 10 por 100 del importe de las inversiones realizadas en bienes de activo material nuevos destinadas al aprovechamiento de fuentes de energías renovables consistentes en instalaciones y equipos con cualquiera de las finalidades definidas a continuación:

a) Aprovechamiento de la energía proveniente del sol para su transformación en calor o electricidad.

b) Aprovechamiento, como combustible, de residuos sólidos urbanos o de biomasa procedente de residuos de industrias agrícolas y forestales, de residuos agrícolas y forestales y de cultivos energéticos para su transformación en calor o electricidad.

c) Tratamiento de residuos biodegradables procedentes de explotaciones ganaderas, de estaciones depuradoras de aguas residuales, de

afluentes industriales o de residuos sólidos urbanos para su transformación en biogás.

d) Tratamiento de productos agrícolas, forestales o aceites usados para su transformación en biocarburantes (bioetanol o biodiesel)”.

f) *Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios*. Se retoca la redacción del proyectado artículo 36 ter en los siguientes puntos:

— Se añade en el párrafo primero del apartado 1 (deducción en la cuota íntegra) la referencia a la escala prevista en el artículo 127 bis y consiguientemente se modifica su párrafo segundo. De esta manera la deducción será del 7, 2 ó 22 por 100 cuando la base imponible tribute a los tipos del 25, 20 ó 40 por 100, respectivamente.

Asimismo, y por lo que se refiere a este apartado 1 se altera la redacción de su párrafo final (“No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 37 de esta Ley. A efectos del cálculo de dicho límite no se computará esta deducción”), y

— los proyectados apartados 5 (Base de la deducción) y 6 (Exclusiones) se refunden en la nueva redacción que se da al apartado 5, que lleva por rúbrica la de “Base de la deducción” y que es del siguiente tenor literal:

“La base de la deducción está constituida por el importe de la renta obtenida en la transmisión de los elementos patrimoniales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, que se haya integrado en la base imponible. A los solos efectos del cálculo de esta base de deducción, el valor de transmisión no podrá superar el valor de mercado.

No formarán parte de la renta obtenida en la transmisión el importe de las provisiones relativas a los elementos patrimoniales o valores, en cuanto las dotaciones a las mismas hubieran sido fiscalmente deducibles, ni las cantidades aplicadas a la libertad de amortización, o a la recuperación del coste del bien fiscalmente deducible según lo previsto en el artículo 128 de esta Ley, que deban integrarse en la base imponible con ocasión de la transmisión de los elementos patrimoniales que se acogieron a dichos regímenes.

No se incluirá en la base de la deducción la parte de la renta obtenida en la transmisión que haya generado el derecho a practicar la deducción por doble imposición.

La inclusión en la base de deducción del importe de la renta obtenida en la transmisión de los elementos patrimoniales cuya adquisición o utilización posterior genere gastos deducibles, cualquiera que sea el ejercicio en que estos se devenguen, será incompatible con la deducción de dichos gastos. El sujeto pasivo podrá optar entre acogerse a la deducción por reinversión y la deducción de los mencionados gastos. En tal caso, la pér-

dida del derecho de esta deducción se regularizará en la forma establecida en el artículo 143.3 de esta Ley.

Tratándose de elementos patrimoniales a que hace referencia la letra a) del apartado 2 de este artículo la renta obtenida se corregirá, en su caso, en el importe de la depreciación monetaria de acuerdo con lo previsto en el apartado 11 del artículo 15 de esta Ley.

La reinversión de una cantidad inferior al importe obtenido en la transmisión dará derecho a la deducción establecida en este artículo, siendo la base de la deducción la parte de la renta que proporcionalmente corresponda a la cantidad reinvertida”.

El contenido de la disposición transitoria tercera del proyecto se mantiene íntegramente y bajo la misma enumeración.

La disposición adicional decimocuarta de esta Ley del Impuesto sobre Sociedades completa la regulación introducida por el nuevo artículo 36 ter, a la que se ha añadido en el texto definitivo la letra a bis) (*vide* letra m) de esta relación).

g) *Deducción por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo o mutualidades de previsión social que actúan como instrumento de previsión social empresarial.* Para el logro de este objetivo se añadía en el proyecto el nuevo artículo 36 quater, que se mantiene en la ley con dos modificaciones: 1.^a) Se añaden a los planes de pensiones de empleo las mutualidades de previsión social (tanto en la rúbrica ya transcrita como en su párrafo primero) y 2.^a) Se introduce un tercer párrafo, según el cual “Esta deducción no se podrá aplicar respecto de las contribuciones realizadas al amparo del régimen transitorio establecido en las disposiciones transitorias decimocuarta, decimoquinta y decimosexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Asimismo, no será aplicable en el caso de compromisos asumidos con los trabajadores como consecuencia de un expediente de regulación de empleo”.

h) *Normas comunes a las deducciones previstas en el presente capítulo.* Se amplían los plazos previstos en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 37 para la aplicación a periodos impositivos posteriores de las cantidades no deducidas. Así, el plazo normal de cinco años inmediatos y sucesivos pasa a ser de diez y tratándose de las deducciones previstas en los artículos 33 y 33 bis (por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica, y para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación, respectivamente) los diez años se prolongan a quince.

i) *Agrupación de interés económico española.* Se mantiene el texto del artículo 66 de la Ley, salvo por lo que respecta a la adición de un nuevo párrafo segundo, consecuencia de la modificación que se lleva a

cabo en esta Ley 24/2001 del apartado 11 del artículo 128, y cuyo tenor es el siguiente: “La aplicación de lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 128 de esta Ley exigirá que los activos allí referidos sean arrendados a terceros no vinculados con la agrupación de interés económico que lo afecten a su actividad, y que los socios de la misma mantengan su participación hasta la finalización del periodo impositivo en el que concluya el mencionado arrendamiento”.

j) *Régimen de consolidación fiscal.* Se mantiene la modificación proyectada que afectaba, y sigue afectando, por tanto, al íntegro capítulo VII del Título VIII de la Ley, con las siguientes diferencias:

— Artículo 78. *Definición.* Se sustituyen en sus dos apartados las palabras “sociedades” y “sociedades”, por “entidades” y “entidad” (“1... En tal caso las entidades que en ellos se integran.= 2. Se entenderá por régimen individual de tributación el que correspondería a cada entidad...”). Modificación que no entendemos y que se olvida en el resto del capítulo de que se trata,

— artículo 84. *Aplicación del régimen de consolidación fiscal.* Se añade un párrafo segundo al apartado 4. Según el texto proyectado la falta de los acuerdos necesarios para la aplicación de este régimen, referidas en los apartados 1 y 2 de este proyecto, determinaba la imposibilidad de su aplicación. Además con la redacción definitiva constituirá infracción tributaria simple de la entidad dominante, que se sancionará con multa de 300 a 6.000 euros, y no implicará la efectiva integración en el grupo de las sociedades afectadas, determinándose la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal, si en el plazo de dos años a partir del día en que concluya el primer periodo impositivo en que deban tributar en el régimen de consolidación fiscal, persistiera la falta de acuerdo a que se refiere este artículo,

— artículo 85. *Determinación de la base imponible del grupo fiscal.* Se modifica la redacción proyectada: 1.º) Adicionando a la letra a) del apartado 1 un segundo inciso, según el cual no se incluirán como sumandos de las bases impositivas individuales “la compensación de las bases impositivas negativas”. 2.º Adicionando, asimismo, a la letra d) del mismo apartado 1, un inciso final conforme al cual a efectos de sumar la compensación de las bases impositivas negativas del grupo fiscal se exige, no sólo que el importe de la suma de las letras anteriores resulte positivo, sino también –y aquí radica la novedad– que quedan excluidas las bases impositivas negativas referidas en el apartado 2 del artículo 88 de esta Ley. 3.º Se antepone como apartado 2 el proyectado 4 –lo que supone que el 2 proyectado pase a ser el 3–, conforme al cual “Las eliminaciones y las incorporaciones se realizarán de acuerdo con los criterios establecidos en el RD 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban

las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas. Y 4.º Se suprime el proyectado apartado 3 (consecuencia de las modificaciones llevadas a cabo en las letras a) y d) del apartado 1, a las que acabamos de referirnos), y

— artículo 87. *Incorporaciones*. Se redacta de nuevo su apartado 3 (“Se practicará la incorporación de la eliminación de la corrección de valor de la participación de las sociedades del grupo fiscal cuando las mismas dejen de formar parte del grupo fiscal y asuman el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor. No se incorporará la reversión de las correcciones de valor practicadas en periodos impositivos en los que la entidad participada no formó parte del grupo fiscal”).

Se mantiene sin modificaciones la disposición transitoria quinta (régimen transitorio de los grupos fiscales).

k) *Aportaciones no dinerarias*. En la redacción definitiva del artículo 108 se suprime de su rúbrica el adjetivo “especiales” con el que se calificaba a estas aportaciones y se da nueva redacción a la proyectada letra d) de su apartado 1 (“Que, en el caso de aportación de elementos patrimoniales distintos de los suministrados en la letra c) por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dichos elementos estén afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de comercio”).

l) *Régimen de tributación de las Entidades Navieras en Función del Tonelaje*. Dejando a un lado la contradicción que supone decir en el número cuarenta y siete del artículo 2 de esta Ley de Medidas Fiscales que se “añade dentro de los Regímenes tributarios especiales del Título VIII, el capítulo XVII “Régimen de tributación de las entidades navieras en función del tonelaje” y al reproducir este nuevo capítulo se le rubrica solamente como “Régimen de las Entidades Navieras en Función del Tonelaje” (error en que no incurría el proyecto), por lo que se refiere a su contenido se mantienen los proyectados artículos 135 ter a 135 septies, apreciándose las siguientes modificaciones:

1.ª) Artículo 135 quáter. *Determinación de la base imponible en régimen de estimación objetiva*:

— En el párrafo tercero de su apartado 1 se amplía la posibilidad de acogerse a este régimen a los “buques tomados en fletamento, siempre que la suma de su tonelaje neto no supere el 75 por 100 del total de la flota de la entidad o, en su caso, del grupo fiscal sujeto al régimen”, y

— en el apartado 2 la nueva redacción de sus párrafos segundo a quinto, ambos inclusive, y que es del siguiente tenor:

“No obstante lo establecido en el párrafo anterior, cuando se trate de buques cuya titularidad ya se tenía cuando se accedió al presente régimen

especial, o de usados adquiridos una vez comenzada la aplicación del mismo, se procederá del siguiente modo:

En el primer ejercicio en que sea de aplicación el mismo, o en el que se hayan adquirido los buques usados, se dotará una reserva indisponible por un importe equivalente a la diferencia positiva existente entre el valor normal de mercado y el valor neto contable de cada uno de los buques afectados por esa regla, o bien se especificará la citada diferencia, separadamente para cada uno de los buques y durante todos los ejercicios en los que se mantenga la titularidad de los mismos, en la memoria de sus cuentas anuales. En el caso de buques adquiridos mediante una operación a la que se haya aplicado el régimen especial del capítulo VIII del Título VIII de esta Ley, el valor neto contable se determinará partiendo del valor de adquisición por el que figurase en la contabilidad de la entidad transmitente.

El incumplimiento de la obligación de no disposición de la reserva o de la obligación de mención en la memoria constituirá infracción tributaria simple, sancionándose con una multa del 5 por 100 del importe de la citada diferencia.

El importe de la citada reserva positiva, junto con la diferencia positiva existente en la fecha de la transmisión entre la amortización fiscal y contable del buque enajenado, se añadirá a la base imponible a que se refiere la regla primera de este artículo cuando se haya producido la mencionada transmisión. De igual modo se procederá si el buque se transmite, de forma directa o indirecta, con ocasión de una operación a la que resulte de aplicación el régimen especial del capítulo VIII del Título VIII de esta Ley.”

2.^a) Artículo 135 septies. *Aplicación del régimen.* Se le ha añadido el apartado 3: (“La aplicación del régimen tributario previsto en el presente capítulo será incompatible, para un mismo buque, con la aplicación de la disposición adicional decimoquinta de esta Ley”, o sea, el de declaración consolidada del capítulo VII del Título VIII (*vide* letra j) de esta relación).

m) *Régimen fiscal de las transmisiones de activos realizadas en cumplimiento de disposiciones con rango de Ley y de la normativa de defensa de la competencia.* La proyectada nueva redacción de la Disposición Adicional decimocuarta de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se mantiene, excepto en la adición de la letra a bis), con arreglo a la cual la renta positiva a que se refiere la letra a) “se integrará, sin reducción ni exención alguna, en la base imponible del periodo en el que se transmitan, o por cualquier motivo se den de baja en el balance, los bienes y derechos objeto de la reinversión”.

3) *Régimen fiscal de Cooperativas (art. 3).*

Se suprime del apartado 1 del artículo 24 proyectado de la Ley 29/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, su segundo inciso que establecía que “La compensación se efectuará a medida que se obtengan cuotas íntegras positivas”.

4) *Impuesto sobre la Renta de no Residentes (art. 4).*

De las tres proyectadas reformas: supresión de la letra d) del apartado 3 del artículo 12, adición de una nueva letra j) al apartado 1 del artículo 13 y adición de una nueva letra h) al apartado 1 del artículo 24, solamente ha sobrevivido la última de ellas, en virtud de la cual los rendimientos del trabajo percibidos por personas físicas no residentes en territorio español en virtud de un contrato de duración determinada para trabajadores extranjeros de temporada se gravarán al tipo del 2 por 100.

2. Impuestos indirectos.

1) *Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) (arts. 5 y 6).*

Las proyectadas reformas de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA se mantienen, introduciéndose las siguientes modificaciones:

— Artículo 75, apartado uno, número 2.º bis (*Devengo del impuesto*). Modificación intrascendente por cuanto afecta únicamente a su redacción. En el proyecto se hacía referencia al artículo 147 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El texto aprobado invierte el orden (art. 147 del texto refundido... aprobado por el RD Legislativo...),

— artículo 79 (*Base imponible. Reglas especiales*). Se le incorpora un nuevo apartado, el diez, pasando los actuales diez y once a ser el once y el doce, respectivamente. El nuevo apartado diez es del siguiente tenor: “Diez. En las entregas de bienes o prestaciones de servicios que no tengan por objeto o resultado oro de inversión y en las que se emplee oro aportado por el destinatario de la operación cuya adquisición o importación hubiere estado exenta por aplicación de la exención prevista en el apartado uno, número 1 del artículo 14.º bis de esta Ley o de su equivalente en la legislación de otro Estado miembro de la Comunidad, la base imponible resultará de añadir al importe total de la contraprestación, el valor de mercado de dicho oro, determinado en la fecha de devengo del Impuesto”, y

— artículo 119 (*Régimen especial de devoluciones a determinados empresarios o profesionales establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto*). Son dos las modificaciones: 1.^a) Apartado dos, número 1.º Se incluye entre los empresarios o profesionales con derecho a devolución a los establecidos en Canarias, Ceuta o Melilla (“1.º Que los empresarios o profesionales que pretendan ejercitarlo están establecidas en la Comunidad, en Canarias, Ceuta o Melilla, o en otros territorios terceros.= En el caso de empresarios o profesionales establecidos en un territorio tercero distinto de Canarias, Ceuta o Melilla, deberá estar reconocida la existencia de reciprocidad de trato en dicho territorio a favor de los empresarios o profesionales establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto”); y 2.^a) Se redacta de nuevo el apartado Tres (“Los empresarios o profesionales establecidos en un territorio tercero que pretendan hacer uso del derecho a la devolución regulado en este artículo, deberán nombrar previamente un representante residente en el territorio de aplicación del Impuesto a cuyo cargo estará el cumplimiento de las obligaciones formales o de procedimiento correspondiente, el cual responderá solidariamente con el interesado en los casos de devolución improcedente.= La Hacienda pública podrá exigir a dicho representante caución suficiente a estos efectos.= Lo dispuesto en este apartado no resulta aplicable a los empresarios o profesionales establecidos en Canarias, Ceuta o Melilla”).

2) *Impuestos especiales (arts. 7 y 8).*

a) *Impuesto sobre las Labores del Tabaco*. Se mantiene la modificación del artículo 60 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales.

b) *Impuesto sobre hidrocarburos*. Se modifica la letra c) del apartado 2 del artículo 51 de dicha Ley 38/1992, manteniéndose la exención de la producción de electricidad de centrales eléctricas o la cogeneración de electricidad y de calor en centrales combinadas y añadiéndose la definición de qué se considera “central eléctrica” y “central combinada”, en términos que no nos parece necesario reproducir.

3) *Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos (art. 9).*

La creación de este impuesto es una consecuencia —así lo especifica el añadido párrafo décimo del apartado II de la E. de M. de la Ley— del nuevo modelo de financiación de las Comunidades Autónomas y se establece con la condición de impuesto estatal cedido a las mismas “y que-

dando afectada su recaudación a la cobertura de los gastos en materia de sanidad y, en su caso, de los de actuaciones medio ambientales”.

En gran síntesis digamos que es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo de determinados Hidrocarburos, gravando en fase única las ventas minoristas de los productos compartidos en su ámbito objetivo (Uno); que será exigible en todo el territorio español con excepción de Canarias, Ceuta y Melilla (Dos); que los hidrocarburos que se incluyen son las gasolinas, el gasóleo, el fuelóleo y el queroseno, así como también los hidrocarburos líquidos distintos de los citados que se utilicen como combustible de calefacción o como carburante, como aditivos para carburante o para aumentar el volumen final de un carburante, con excepción del gas natural, el metano, el gas licuado del petróleo y demás productos gaseosos equivalentes (Tres); que el tipo de gravamen se formará mediante la suma de los tipos estatal y autonómico (estatal: gasolinas, 24 euros por 1.000 litros; gasóleo de uso general, ídem; gasóleo para usos espaciales y de calefacción, 6 euros por 1.000 litros; gasóleo, 1 euro por tonelada; queroseno de uso general, 24 euros por 1.000 litros y queroseno de calefacción, 6 euros por 1.000 litros. Autonómico: el aprobado por la Comunidad Autónoma y si ésta no aprobare ninguno, el tipo de gravamen será sólo el estatal (Diez); y que los paganos, al final, no podríamos ser otros (los adquirentes de los productos comprendidos en el ámbito objetivo) (Once).

4) *Régimen económico fiscal de Canarias.*

Las modificaciones proyectadas se mantienen en los artículo 10 a 12 de la Ley, en los que, salvo error u omisión, se introducen las novedades siguientes:

En lo que afecta a la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen económico fiscal de Canarias:

— Nueva redacción de los apartados 6) y 12) del número 1 del artículo 10,

— nueva redacción del apartado 2.º del número 3 del artículo 14,

— nueva redacción del número 11 del artículo 14,

— nueva redacción al apartado 1.º y adición de un nuevo apartado 6.º en el número 2 del artículo 17,

— modificación del número 1 del apartado uno del artículo 20,

— nueva redacción del número 4 del artículo 21 bis,

— modificación del apartado 1.º del número 1 del artículo 27,

— nueva redacción del primer párrafo del número 1 del artículo 51,

— nueva redacción del apartado segundo del número 1 de la disposición adicional duodécima,

- nueva redacción al anexo I.1.1.º,
- nueva redacción del anexo II.1.2.º,
- introducción de un nuevo anexo, el VI, y
- modificación del artículo 82 (base imponible en las imputaciones) del nuevo Libro segundo (“Arbitrio sobre Imputaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias”).

5) *Impuesto sobre la producción, los servicios y la importación en las ciudades de Ceuta y Melilla (art. 13).*

Con efectos desde 1 de enero de 2002, se modifica la letra c) del artículo 3.º de la Ley 8/1991, de 25 de marzo, del Impuesto que aparece en la rúbrica de este apartado, y que queda redactado de la siguiente forma: “c) Las entregas de bienes inmuebles que radiquen en el ámbito territorial de las Ciudades de Ceuta y Melilla, realizadas por empresarios o profesionales que actúen en el ejercicio de sus actividades.= A los efectos de este Impuesto, se considerarán entregas de bienes inmuebles la construcción, ejecución de obras inmobiliarias y transmisión de dichos bienes.= En ningún caso, los actos del tráfico inmobiliario tributarán a la vez por este Impuesto y el que grave las transmisiones patrimoniales onerosas, aplicándose, a efectos de su incompatibilidad, las normas de la legislación común”.

3. Otros tributos.

1. *Tasas (arts. 14 a 29).*

Además de las modificaciones recogidas en el proyecto, la E. de M. de la Ley (párrafo 12 del apartado II) nos da cuenta de otras novedades, como son: las tasas de la Comisión Nacional de la Energía, tasas por aproximación y por prestación de servicios en materia de navegación aérea, tasa por la concesión y mantenimiento de los dominios de Internet, tasa por seguridad aeroportuaria, tasas por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario, tasas de la marina mercante, tasa de seguridad en el transporte ferroviario y tasa de seguridad portuaria.

Destaquemos que en materia de tasas por inscripción y acreditación catastral no ha sufrido alteraciones la exención reconocida a favor de notarios y registradores para los supuestos previstos en los artículos 51.tres y 53.uno de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; así como tampoco la cuantía de la tasa que recogíamos en nuestra Circular 95/2001 (*vide* art. 21 de la Ley).

4. Otras modificaciones.

Respecto del proyecto las modificaciones sustanciales que introduce la Ley afectan a:

1) *Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones* (art. 32). Se mantienen las aportaciones anuales máximas (apartado 3 del art. 5) y la posibilidad de percibir anticipadamente la prestación a partir de los 60 años de edad en los términos que se establezcan reglamentariamente (apartado 6 del art. 8), y son novedad:

- Modificación del artículo 4 (“Modalidades de planes de pensiones”). Nueva redacción de las letras a) y b) del apartado 1 y del apartado 3,

- modificación del artículo 5 (“Principios básicos de los planes de pensiones”). Nueva redacción de la letra a) del apartado 1, de la letra f) del apartado 4 y del último párrafo del artículo de que se trata,

- modificación del artículo 6 (“Especificaciones de los planes de pensiones”). Nueva redacción de las letras b), e) y f) del apartado 1 y adición de un nuevo apartado 3,

- nueva redacción del artículo 7 (“La Comisión de Control del plan de pensiones y el Defensor del Partícipe”),

- modificación del artículo 8 (“Aportación y prestaciones”). Nueva redacción de los apartados 6 y 8 y adición de un nuevo apartado 10,

- adición de un nuevo párrafo al apartado 2 y de un nuevo apartado 4 al artículo 10 (“Integración a un fondo de pensiones”),

- modificación del artículo 14 (“Comisión de Control del fondo de pensiones”),

- modificación del artículo 16 (“Inversiones de los Fondos de pensiones”). Nueva redacción de los apartados 1 y 4,

- modificación del artículo 19 (“Cuentas anuales”). Nueva redacción del apartado 8

- modificación del artículo 20 (“Entidades gestoras”). Adición de una nueva letra g) al apartado 1 y modificación del apartado 4,

- modificación del artículo 21 (“Entidades depositarias”). Nueva redacción de los apartados 1, 3 y 5,

- modificación del primer párrafo del apartado 2 del artículo 24 (“Ordenación y Supervisión Administrativa”),

- nueva denominación del artículo 26 (“Normas de publicidad y contratación”) y adición de un nuevo apartado 3,

- modificación del artículo 35 (“Infracciones administrativas”). Nueva redacción del primer párrafo del apartado 1 y de la letra c) del apartado 5, y adición de una nueva letra d) a dicho apartado 5,

— modificación del artículo 36 (“Sanciones administrativas”). Adición de un nuevo párrafo al apartado 3 y de otro al apartado 4,

— y, por último, se establece una delegación legislativa en el Gobierno para la aprobación de un texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en el que se integren la Ley 8/1987, el régimen financiero especial de aportaciones y prestaciones en los planes de pensiones, establecido para personas con minusvalía –disposición adicional decimoséptima de la Ley 40/21998, de 9 de diciembre, del IRPF– y las disposiciones sobre planes y fondos de pensiones contenidas en esta Ley 24/2001 y en las restantes leyes cualquiera que fuera la fecha de su entrada en vigor.

2) Normas relativas a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Actualización del Régimen de Seguridad Social de los Notarios (art. 41). Se autoriza al Gobierno para que proceda, en el plazo de un año, a la integración en el Régimen Especial de la SS de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, de los miembros del Cuerpo Único de Notarios.

Las incógnitas empiezan a despejarse.

3) Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril (art. 42). Nueva redacción de su artículo 71 (requisitos necesarios para formular demanda en materia de Seguridad Social y plazos).

4) Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 68). Además de mantenerse la adición de la disposición adicional decimoctava proyectada (presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos), la Ley de que se trata se modifica:

— Añadiendo un nuevo apartado al artículo 38, que permite la creación de registros telemáticos para la recepción de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos y que permitirán la presentación todos los días del año durante las veinticuatro horas, si bien a efectos de cómputo de plazos la recepción en día inhábil para el órgano o entidad se entenderá efectuada en el primer día hábil siguiente, y

— adicionando un nuevo apartado 3 al artículo 59 (requisitos para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos y determinación del momento en que se entenderá practicada).

5) *Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro* (art. 72). Además de la adición de la disposición adicional cuarta proyectada, se añade a esta Ley un nuevo artículo 24 bis, relativo a la inutilización de billetes en pesetas durante el primer semestre de 2002, conforme al cual “los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, podrán inutilizar los billetes en pesetas.= El método de inutilización consistirá en cortar a cada billete, en una cualquiera de sus cuatro esquinas la superficie de un triángulo rectángulo isósceles de veinte milímetros de cateto, medidos sobre el borde del billete.= Los billetes en pesetas que así hayan sido inutilizados únicamente serán canjeables en el Banco de España”.

¡“Jozú”, cuanta precisión! Pobres de los bancarios que tengan que efectuar la medición. Y una pregunta de “ná”: ¿para qué sirve inutilizarlos si luego se pueden canjear en el Banco de España?

6) *Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias* (art. 95).

A los mil y un requisitos que la Ley de que se trata impone a los propietarios, promotores, o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, se le añaden otros dos de idéntico sustrato y finalidad:

— En el documento informativo que, con el carácter de oferta vinculante, se debe entregar gratuitamente a cualquier persona que solicite información, se mencionará: “Si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado para la cesión a terceros del derecho objeto del contrato y, caso de que dicho sistema esté organizado por el propietario o promotor, por sí o por medio de cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, indicación de los posibles costes de dicha cesión”. Así reza la nueva letra l) que se añade al artículo 8.2 de la Ley, y

— en el contrato que se celebre se expresará: “Si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado de cesión a terceros del derecho objeto del contrato. Cuando exista esa posibilidad, se expresarán los eventuales costes, al menos aproximados, que dicho sistema supondrá para el adquirente”. Adición de un nuevo apartado 13.º al artículo 9.1 de la repetida Ley.

7) *Acción administrativa en materia de seguridad preventiva* (arts. 96 a 115).

El capítulo XI del Título V, que comprende los artículos que se acaban de indicar, se introduce en la Ley de Medidas Fiscales que estamos repasando en el Senado, al aprobarse, en su sesión del 31 de diciembre, el Dictamen de la Comisión de Economía, Comercio y Turismo en el

Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como así aparece publicado –con el correspondiente mensaje motivado– en el BO Cortes-Senado de 19 de diciembre de 2001 (Serie II, núm. 41g) y su corrección de errores (número 41 h, del día siguiente), y en el BO Cortes-Congreso, también del 19 de diciembre (Serie A, n.º 50-12), en el que se lee escuetamente (p. 670) “Capítulo IX bis (nuevo). Se introducen los artículos 79 bis uno a 79 bis veinte sobre acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva, resultando también modificados la Ley Hipotecaria, el Código de Comercio, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley del Notariado”. Estos artículos han pasado a ser los artículos 96 a 115 de la Ley, como ya hemos indicado, y el nuevo Capítulo IX bis se ha convertido, en el también señalado, Capítulo XI del Título V. A destacar que la E. de M. (*vide* su apartado VI) no ha sufrido modificación en este punto y, por tanto, no contiene ninguna referencia a estas importantes novedades.

La materia ha sido sistematizada por la propia Ley en Secciones y siguiendo esta técnica –no olvidemos que estamos ante una Circular meramente informativa– resumimos su contenido del modo siguiente:

Sección 1.ª Acceso a la información de los Registros Públicos (art. 96).
Reforma de la LH en los siguientes puntos:

— Artículo 221. Se le añade un segundo párrafo en el que, tras lo prevenido en el primero (“Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos”), se establece que “El interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo”,

— artículo 222. Se modifica su párrafo segundo: “Los Registradores, en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, así como con los Órganos jurisdiccionales, las Administraciones públicas y los Notarios”. Amén. Así sea,

— artículo 222. La disposición derogatoria única. Dos, deroga expresamente el párrafo segundo del n.º 2 de este artículo según la redacción que le había dado la Ley 7/1998, de 13 de abril (prohibición de acceso directo, por cualquier medio físico o telemático, a los Archivos de los Registradores de la Propiedad),

— artículo 222. Además a este artículo se le añaden tres nuevos apartados: “Noveno. Al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo, se dispondrá de los instrumentos necesarios para proporcionar a todos ellos información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, y de los

Libros de inscripciones y de incapacitados.= Décimo. La manifestación de los Libros del Registro deberá hacerse, si así se solicita, por medios telemáticos.= Undécimo. Reglamentariamente se establecerán los criterios y procedimientos para mantener la información permanentemente actualizada en el plazo más breve posible, las garantías necesarias para evitar la manifestación o el televaciado de los asientos registrales así como los requisitos técnicos y los modelos de solicitudes de acceso a la consulta del contenido de los Libros por vía telemática, las circunstancias que deben concurrir en quienes pretenden el acceso, el contenido de los Libros del Registro que puede consultarse por vía telemática así como el procedimiento para autorizar la restricción de acceso a la información relativa a determinadas personas, comerciantes o fincas cuando ello venga impuesto por razón de la protección de la seguridad e integridad de las personas o los bienes”,

— artículo 227. Se redacta de nuevo: “Los Registradores expedirán certificación a instancia de quien, a su juicio, tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate, o en virtud de mandamiento judicial.= La instancia deberá hacerse por escrito y podrá presentarse en la Oficina del Registro o remitirse por vía telemática.= La certificación se expedirá, a elección del solicitante, en papel o en formato electrónico, en los términos que reglamentariamente se establezcan”, y

— artículo 248. También se le da nueva redacción: “Los Registradores llevarán además un libro llamado Diario donde, en el momento de presentarse cada título, ya sea físicamente, por correo, telefax o por remisión telemática, extenderán un breve asiento de su contenido.= Reglamentariamente se determinan (¿no debe decir “se determinarán”?) las reglas y procedimientos para que la práctica de los asientos de presentación sea correlativa a la de la hora de presentación de los respectivos títulos. Asimismo se adoptarán las cautelas necesarias para que en ningún caso sea posible la manipulación o alteración del orden de presentación de los títulos o de los asientos ya practicados”.

Consecuencia de estas reformas es la que en el artículo 97 de esta Ley se introduce en el artículo 23, párrafo cuarto, del C. de Co.: “4. La publicidad telemática del contenido de los Registros Mercantiles y de Bienes Muebles se realizará de acuerdo con los principios contenidos en los artículos 221, 222, 227 y 248 de(l) texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1946, en relación con los Registros de la Propiedad”.

La reforma está, sin duda, inspirada, por una lado, en la doctrina de las Sentencias del TS que recayeron sobre el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se intentó algo más que la modificación de determi-

nados artículos del RH (SS 24 de febrero, 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001) y de la que en esta materia se salvaron de la quema los artículos 332 (salvo el párrafo inicial de su apartado 6 –exigencia por los registradores del cumplimiento de las normas vigentes sobre protección de datos de carácter personal y prohibición de atender a las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada–), 333 y 334 (excepto su apartado 3, que ampliaba las funciones de los registradores a la emisión de dictámenes, vinculantes o no, sobre asuntos registrales). Y por otro lado, en la conveniencia de abrir paso a las nuevas técnicas telemáticas.

No se olvide conectar estas reformas con las llevadas a cabo en la sección 8.^a de este Capítulo XI de la Ley (arts. 106 a 115, ambos inclusive), que luego recogeremos, al igual que su disposición transitoria decimonovena, y que las novedades introducidas en los artículos 222, 227 y 248 están pendientes de desarrollo reglamentario.

Sección 2.^a Medidas sobre justificación de la representación y transcripción de condiciones generales (arts. 98 y 99).

Respecto del primer punto: justificación de la representación, se resuelve o, cuando menos, se intenta resolver el vidrioso tema de la doble calificación en esta materia.

Dice el artículo 98 de la Ley que “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 responsabilidad 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 aquéllos 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 haya nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita”.

Afecta esta reforma a la justificación de la representación voluntaria; para la legal continúa vigente lo prevenido en el artículo 164, párrafo 1.º, RN. El artículo es claro: la reseña por el notario del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada, y su valoración de suficiencia, darán fe por sí solas de dicha representación. El notario califica el documento y su juicio hace fe, bajo su responsabili-

dad. La representación así alegada y acreditada no necesita el filtro registral. De este modo se agiliza y abarata el tráfico inmobiliario y mercantil. Solamente se establece una excepción obligatoria a esta regla general: en los casos en que la Ley lo exija deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos aportados para acreditar la representación alegada. ¿Cuáles son estos casos en que la Ley lo exige? Razones de tiempo nos impiden bucear en nuestro Ordenamiento Jurídico para hallar estas “exigentes” leyes, pero de seguro que alguien lo hará en breve.

Hay otra excepción, que calificamos de voluntaria, por cuanto no es imperativa. Y es la de la unión a la matriz de los documentos acreditativos de la representación cuando el notario autorizante lo juzgue conveniente. Procedimiento adecuado para casos de duda, en los que quizás la mejor solución fuere la de no autorizar, pero... dado de que el juicio de capacidad es una calificación y no se incurre en responsabilidad salvo actuación dolosa, es posible caer en la tentación y buscar esta cómoda eximente.

No obstante lo expuesto, no llega a estas conclusiones la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, la cual, según fuentes bien informadas, ha dirigido un escrito a todos sus miembros en los que les notifica que su opinión unánime es que el ámbito de la función calificadora permanece inalterado tras la entrada en vigor de este artículo 98 de la Ley 24/2001 –por ser un precepto dictado con fines completamente ajenos a la configuración de la función calificadora– y que, por tanto, permanece intacto el alcance de la responsabilidad del registrador en el ejercicio de tal función. O, dicho en otras palabras, que debe acreditarse la representación voluntaria como hasta ahora (cfr. arts. 164 y 166 RN).

También, según las mismas fuentes, sabemos que el Consejo General del Notariado ya ha presentado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado una consulta vinculante con el fin de que ésta manifestase el criterio interpretativo que debe presidir la aplicación del repetido artículo 98.

La segunda reforma incluida en esta Sección 2.^a afecta a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Su artículo 5 precisaba los requisitos de incorporación de dichas Condiciones Generales para que las mismas pasaran a formar parte del contrato. El artículo 99 de la Ley que examinamos introduce una modificación, consistente en añadir al mentado artículo 5.º un nuevo apartado 2 (lo que implica que los anteriores 2, 3 y 4, pasan a ser 3, 4 y 5), conforme al cual: “Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y

que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan”.

Reconocer este derecho a los adherentes nos parece una utopía.

Sección 3.ª Plazo de calificación registral y efecto de la falta de calificación en plazo (art. 100).

Para agilizar el tráfico jurídico inmobiliario –que el art. 104 hace extensivo al tráfico mercantil– se introducen en el artículo 18 LH tres nuevos párrafos (segundo, tercero y cuarto), conforme a los cuales:

— El plazo máximo para calificar será de quince días, estableciéndose como *dies a quo* el de la fecha del asiento de presentación o, si hubiere sido retirado el título antes de la inscripción, tuviere defectos subsanables o existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad, el de la fecha de devolución del propio título, la subsanación o el despacho del previo, respectivamente,

— si transcurrido el plazo máximo expresado, no hubiese tenido lugar la calificación, se conceden al interesado dos posibilidades: 1.ª) Instar del registrador ante quien se presentó el título que la lleva a cabo en el término improrrogable de tres días o la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el nuevo artículo 275 bis de la propia LH (modificación que se introduce en el art. 105 de esta Ley de Medidas Fiscales, conforme al cual “la Dirección General de los Registros y del Notariado designará, en la forma que reglamentariamente se determine, un cuadro de sustituciones en virtud del cual uno o varios Registradores que sirvan en un Registro de la Propiedad pueden calificar y despachar documentos correspondientes a otros Registros.= Dicho cuadro podrá incluir Registradores de la misma provincia o de provincias limítrofes sin que en ningún caso puedan tener estas sustituciones carácter recíproco”), y

— la calificación realizada fuera de plazo por el registrador titular producirá una reducción de aranceles de un treinta por ciento, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador correspondiente (*vide* nuevos arts. 313 a 318 LH, introducidos en esta reforma).

Completa la materia de calificación el nuevo artículo 19 bis LH (redactado en el apartado 2 del propio art. 100 de esta Ley 24/2001). Se parte de diferenciar entre calificación positiva y negativa.

Si la calificación fuere positiva, el registrador inscribirá y expresará en la nota de despacho, al pie del título, los datos identificadores del asiento, así como las afecciones o derechos cancelados con ocasión de su práctica. Si el estado registral de titularidad o cargas fuere discordante con el reflejado en el título, librará nota simple informativa.

La calificación negativa, total o parcial, deberá ser firmada por el re-

gistrador y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y su motivación jurídica ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo.

En el supuesto de calificación negativa en plazo, sea total o parcial, al interesado se le confiere una facultad alternativa: o recurrir ante la Dirección General o instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el transcrito nuevo artículo 275 bis LH.

Cuando el interesado optare por esta segunda solución —que deberá ejercer en los quince días siguientes a la notificación de la calificación negativa, durante la vigencia del asiento de presentación y aportando al registrador sustituto el testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria— el registrador sustituto que asuma la inscripción lo comunicará al sustituido, pudiendo, con carácter previo y en orden a esta finalidad, solicitar que se le aporte información registral completa, de no existir o ser insuficiente la remitida con el testimonio íntegro del título (reglas 1.^a 2.^a, del párrafo cuarto). No queda muy claro que el registrador sustituto elegido por el interesado deba (imperativamente) asumir la inscripción. Entendemos que ha de ser así, pues la interpretación contraria reduciría a la nada el derecho conferido al interesado. Por este motivo no nos parece acertada la redacción dada: “El Registrador sustituto que asuma la inscripción...”, parece abarcar el supuesto de que no la asuma; “... pudiendo con carácter previo y en orden a esta finalidad solicitar...”, parecen argumentos en el mismo sentido. Aunque, repetimos, no creemos sea esta la interpretación adecuada.

El registrador sustituido hará constar, por nota al margen del asiento de presentación y en el mismo día de su recepción o el siguiente hábil, la comunicación del sustituto de asumir la inscripción indicando que se ha optado por esta posibilidad, la identidad del registrador sustituto y el registro del que sea titular, y quedará obligado a suministrarle información continuada relativa a cualquier novedad registral que pudiera afectar a la práctica del asiento.

El registrador sustituto podrá:

— Calificar positivamente el título, asumiendo su inscripción total, en los diez días siguientes al de la comunicación prevista en la regla 2.^a, ordenando al sustituido que extienda el asiento solicitado, con remisión del texto comprensivo de los términos en que deba practicarse y devolviéndole la documentación que se le había remitido. En el asiento deberá el registrador sustituido hacer constar la identidad del sustituto y el Registro del que fuera titular; así como comunicar al propio sustituto la práctica del asiento y devolver al presentante el título, con nota al pie del mismo extendida conforme a la legislación hipotecaria,

— asumir la inscripción parcial del título, que sólo será posible si mediar el consentimiento del presentante o del interesado. En este caso, dice la regla 4.^a, “se procederá del modo previsto en las reglas segunda y tercera” que acabamos de exponer. ¿Podrá el interesado elegir otro registrador sustituto para instar de nuevo la inscripción de lo no inscrito –el art. 275 bis alude a “uno varios Registradores”– o solamente podrá recurrir ante la Dirección general?, o

— calificar negativamente el título. En este caso el registrador sustituto devolverá la documentación al interesado a los efectos de la interposición del recurso, frente a la calificación del sustituido, ante la Dirección General.

Si el asiento solicitado se practicara por el sustituto los aranceles devengados se repartirán “fifty, fifty” entre éste y el sustituido, abonándose por el interesado a cada registrador en su parte correspondiente.

Todas las comunicaciones aludidas en este nuevo artículo 19 bis se realizarán por correo, fax, correo electrónico o cualquier otro medio telemático que permita tener constancia de su recepción.

Consecuencia de esta nueva regulación es la derogación expresa –contenida en la disposición derogatoria única. Dos– de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 253 LH, en la redacción que le dio la Ley 7/1998, de 13 de abril.

Sección 4.^a Régimen disciplinario de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (art. 101).

Con un año de retraso respecto a la modificación del régimen disciplinario del Cuerpo único de Notarios (*vide* art. 43, dos, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social –Circular 6/2001 de esta Comisión–) se introduce, a su imagen y semejanza, el nuevo de registradores. Los actuales artículos 313, 314 y 315 LH pasan a ser los artículos 319, 320 y 321 y se incorporan las novedades en los artículos 313, 314, 315, 316, 317 y 318.

Comienza por establecerse que el régimen disciplinario se regirá por lo establecido en los nuevos artículos y en sus normas de desarrollo; supletoriamente, y a falta de normas especiales, se aplicará –al igual que en el ámbito notarial– lo dispuesto en las normas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado –*vide* arts. 87 a 93 de la Ley de los funcionarios civiles del Estado de 1964 y su Reglamento, aprobado por el RD 13/1986, de 10 de enero–, excepto en lo referente a la tipificación de las infracciones (art. 313, pár. 1.º).

Las infracciones se tipifican en el párrafo 2.º del propio artículo 313, subdividiéndose en muy graves, graves y leves, en términos que los curiosos pueden consultar en el BOE correspondiente.

Las sanciones se establecen en el artículo 314: apercibimiento; multa; suspensión de los derechos de ausencia, licencia o traslación voluntaria hasta dos años; postergación en la antigüedad en la carrera con puestos; traslación forzosa; suspensión de funciones hasta cinco años; y separación del servicio. –En la sanción de multa existirá una escala de tres tramos: menor, entre 600 y 3.000 euros; media, entre 3.001 y 12.000 euros y mayor, entre 12.001 y 30.000 euros. En caso de reiteración podrá multiplicarse dicha cuantía hasta un máximo del cien por cien de la multa a pagar. (Cantidades igualitas a las notariales, claro que expresadas en euros).

Las infracciones muy graves se sancionarán con multa en el último tramo, traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio. Las graves con multa a partir del tramo medio, con suspensión de los derechos reglamentarios de ausencia, licencia o traslación voluntaria y con postergación. Y las leves con apercibimiento, multa de tramo menor o suspensión de los derechos de ausencia, licencia o traslación voluntaria.

Órganos competentes en la imposición de la sanción: el Colegio de Registradores a través de la Junta de Gobierno o de las Juntas Territoriales o Autonómicas (apercibimiento y multa en los tramos menor y medio), la Dirección General (las no reservadas a las expuestas Juntas excepto la separación del servicio) y el Ministro de Justicia (separación del servicio) (art. 315).

La prescripción se regula en el artículo 316: cuatro meses, las infracciones leves; dos años, las graves y cuatro años, las muy graves.

Dejando a salvo las medidas cautelares que puedan adoptar los juzgados o tribunales competentes, las sanciones disciplinarias de apercibimiento y multa se ejecutarán cuando quede agotada la vía administrativa. Las sanciones de postergación, traslación, suspensión de funciones y separación de servicio, se ejecutarán cuando sean firmes (art. 317, párr. 1.º). El Ministro de Justicia, en el supuesto de la separación del servicio, o el Director General de los Registros y del Notariado en los restantes casos, podrán suspender provisionalmente en el ejercicio de sus funciones a cualquier registrador respecto del que se haya ordenado incoar procedimiento disciplinario por infracción muy grave o grave (art. 317, párr. 2.º).

Las cancelaciones en el expediente personal se determinan en el párrafo final del artículo 317 y las normas de procedimiento en el artículo 318.

Sección 5.ª Recursos contra la calificación (art. 102).

El hasta ahora denominado “recurso gubernativo” –al que aludía el art. 66 LH– estaba regulado en los artículos 112 a 136 RH. Artículos a los que dio nueva redacción el ya citado RD 1867/1998, de 4 de septiembre, en lo que se refiere al artículo 113, ordinal 3.º y párrafo último, y

artículos 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129 y 131. Nueva redacción que la conocida S. del TS de 22 de mayo de 2000 declaró nula de pleno derecho.

Tras esta Sentencia se plantearon dos cuestiones fundamentales. La primera, la de determinar cuál sería el régimen legal aplicable a los recursos interpuestos o que se interpongan con posterioridad a la Sentencia de que se trata. Dos soluciones se propugnaron: una, las de aquellos que entendíamos que la normativa aplicable era la contenida en los artículos del RH anteriores a la Sentencia (*vide* mis comentarios al respecto en la Revista *Missèr* del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares –n.º 50/julio 2001–, reproducido en la Circular 53/2001 de esta Comisión y en el n.º 307, 1.ª Quincena, septiembre, 2001, de la Revista *Lunes cuatro treinta* y en el volumen publicado por *La Ley*, Octubre 2001, “Reglamento Hipotecario (con las modificaciones introducidas por las últimas sentencias del Tribunal Supremo)” y otra, las de los que consideraron que no era posible la reviviscencia de la redacción anterior a la reforma (por todos, nuestro compañero JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE, en el *Diario La Ley*, n.º 5446, 24 de diciembre de 2001).

La segunda cuestión era la de qué criterio debía seguirse para el futuro, o lo que es lo mismo, si debía mantenerse la normativa anterior o debía reformarse y, en este último caso, en qué sentido. Eran también dos las posibles soluciones: la de considerar que el cauce específico para revisar las calificaciones registrales tenía que ser el jurisdiccional (los Registros, se afirma, actúan en el ámbito administrativo pero su materia es de Derecho privado y, por tanto, la validez para juzgar la legalidad debe estar en manos de los Tribunales ordinarios) o la opuesta que consideraba que la vía más adecuada para sustituir al recurso gubernativo en su formulación vigente era la meramente administrativa (si nos encontramos ante un recurso de naturaleza administrativa, debe someterse a las normas del procedimiento administrativo y nunca al arbitrio del funcionario calificador).

Estas dudas, entre otras muchas, hacían necesaria una urgente reforma y esto es lo que se ha hecho en el artículo 102 de la Ley 24/2001 y en su disposición adicional vigésima cuarta. Según el primero se introduce un nuevo Título XIV en la LH bajo la rúbrica “Recursos contra la calificación” (se suprime así el calificativo de “gubernativo” que, no obstante, reaparece como Ave Fénix en los párs. 2.º de los nuevos arts. 328 y 329 y en la disposición transitoria décimo octava de la Ley 24/2001), que comprende los artículos 322 a 329 ambos inclusive, a los que se redacta en el sentido que examinaremos; y según la segunda, esta nueva regulación será también aplicable a los recursos contra la calificación del registrador mercantil y del de bienes muebles.

Esta regulación —como destaca el *Boletín Notarial* n.º 45, del 14 de enero último— “opta claramente por la administrativización del régimen de recursos frente a la calificación negativa, agilizando su tramitación en aras de una mayor utilidad de este medio de reacción y de una mayor protección del interesado en la inscripción”.

Para su examen sistematizamos esta nueva normativa del modo siguiente:

a) *¿Cuándo procede?* Contra la calificación negativa del registrador, ya sea de todo el documento o de concretas cláusulas del mismo cuando se haya practicado la inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado, así como contra la negativa a practicar la inscripción de títulos no calificados en plazo (arts. 324 y 322).

b) *Efectos de la negativa.* El primero de ellos, la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el artículo 322 (art. 323, párr. 1.º).

El segundo, la posibilidad de solicitar, vigente el asiento de presentación, y dentro del expresado plazo de sesenta días, la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 LH (art. 323, párr. 2.º).

Y el tercero, interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos 325 y ss., salvo cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, en cuyo caso el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano (art. 324).

c) *Plazo para recurrir.* El de un mes que se computará desde la fecha de la notificación de la calificación (art. 326, párr. 2.º).

La notificación deberá reunir los siguientes requisitos:

— Efectuarse al presentante del título y al notario autorizante del mismo y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido (art. 322, párr. 1.º),

— se llevará a cabo de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 24 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente (art. 322, párr. 2.º),

— será domicilio hábil a estos efectos el designado en el presentante al tiempo de la presentación, salvo que en el título se haya consignado otro a este respecto. Por lo que se refiere al notario autorizante, autoridad

judicial o funcionario que expidió el título, la notificación se practicará en su despacho, sede o dependencia administrativa (art. 322, pár. 3.º), y

— el cómputo de los plazos —de todos los plazos a que se refiere el capítulo que estamos repasando— se hará de acuerdo con lo dispuesto en la citada Ley 30/1992 (*vide* su art. 48, cuyas reglas generales son: en los plazos señalados por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y declarados festivos; si el plazo se fija en meses, éstos se computarán de fecha a fecha, si en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes; cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente; los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación y los restantes plazos se contarán a partir del día de la notificación) (art. 326, pár. final).

De la fecha de notificación se dejará constancia por nota al margen del asiento de presentación (inciso final, del pár. 1.º del art. 323).

d) *Personas legitimadas para interponer recurso*. Lo están, según el artículo 325:

— La persona, natural o jurídica, a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto, y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos y otros para tal objeto; el defecto o falta de acreditación de la representación se podrá subsanar en el plazo que habrá de concederse para ello, no superior a diez días, salvo que las circunstancias del caso así lo requieran,

— el notario autorizante o aquel en cuya sustitución se autorice el título, en todo caso,

— la autoridad judicial o funcionario competente de quien provenga la ejecutoria, mandamiento o el título presentado, y

— el Ministerio Fiscal, cuando la calificación se refiera a documentos expedidos por las autoridades judiciales en el seno de los procesos civiles o penales en los que deba ser parte con arreglo a las leyes, todo ello sin perjuicio de la legitimación de quienes ostenten la condición de interesados según la enumeración precedente.

No se olvide —así lo dispone el párrafo final de este art. 325— que “la subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso”. Nueva versión ampliada del anteriormente denominado “recurso a efectos doctrinales”.

e) *Cuestiones sobre las que debe recaer el recurso*. Exclusivamente sobre las que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación

del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (art. 326, pár. 1.º).

f) *Requisitos mínimos del escrito del recurso.* Los enumera el párrafo 3.º del artículo 326, a saber:

- El órgano al que se dirige el recurso,
- el nombre y apellidos del recurrente y, en su caso, cargo y destino del mismo,

- la calificación que se recurre, con expresión del documento objeto de la misma y de los hechos y fundamentos de derecho,

- lugar, fecha y firma del recurrente y, en su caso, identificación del medio y del lugar que se señale a efectos de notificaciones, y

- en el supuesto de presentación en los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 (registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las CCAA, o a la de alguna de las Entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiere suscrito el oportuno Convenio; oficinas de Correos; representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero; o en cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes), deberá constar el domicilio del Registro del que se recurre la calificación del registrador, a los efectos de que sea inmediatamente remitido por el órgano que lo ha recibido a dicho registrador.

g) *Lugar de presentación del recurso y sus trámites.* Establece el nuevo artículo 327 LH tres reglas relativas al lugar de presentación:

- En el Registro que calificó para la Dirección General de los Registros y del Notariado (pár. 1.º),

- en los registros y oficinas previstos en el ya expuesto artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para que éstos lo remitan inmediatamente al registrador calificador (pár. 3.º),

- o en cualquier Registro de la Propiedad para que también sea inmediatamente remitido al registrador cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre (pár. 3.º).

Se silencia –debe ser por entender que sería invadir campos ajenos– en qué lugar debe ser presentado el escrito de recurso cuando su conocimiento esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la CA en que esté demarcado el Registro calificador (*vide* pár. 2.º, art. 324).

Al escrito del recurso –cuyos requisitos mínimos ya hemos visto en la letra f) precedente– se deberá acompañar el título objeto de la calificación, en original o por testimonio, y una copia de la calificación efec-

tuada. Así lo establece el inciso segundo del párrafo 1.º del artículo 327 de que se trata referido al supuesto de presentación directa en el Registro calificador, y que, por pura lógica, debe extenderse a los demás supuestos.

Cualquiera que sea el lugar de presentación, al recibir el recurso el titular del Registro que calificó deberá expedir recibo acreditativo con expresión de la fecha de presentación del mismo o, en su caso, sellar la copia que le presente el recurrente, con idéntico contenido (párrs. 2.º y 3.º, éste en su inciso final).

A efectos de la prórroga del asiento de presentación (cfr. art. 323, pár. final) se entenderá como fecha de interposición del recurso la de su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre (pár. 4.º).

En el supuesto de que no hubiera recurrido el notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que expidió el título, el registrador, en el plazo de cinco días, deberá trasladar a éstos el recurso para que, en los cinco días siguientes a contar desde su recepción, realicen las alegaciones que consideren oportunas (pár. 5.º).

El registrador que realizó la calificación podrá, a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas:

— Rectificar la calificación en los cinco días siguientes a que hayan tenido entrada en el Registro los citados escritos, accediendo a su inscripción en todo o en parte, en los términos solicitados, debiendo comunicar su decisión al recurrente y, en su caso, al notario, autoridad judicial o funcionario en los diez días siguientes a contar desde que realizara la inscripción (pár. 6.º). No nos queda claro en qué plazo debe realizarse la inscripción: si será dentro de los cinco días a que se refiere la primera parte de este párrafo o dentro del plazo normal establecido en el artículo 97 RH,

— o mantener la calificación, en cuyo caso formará expediente conteniendo el título calificado, la calificación efectuada, el recurso, su informe y, en su caso, las alegaciones del notario, autoridad judicial o funcionario no recurrente, remitiéndolo, bajo su responsabilidad, a la Dirección General en el inexcusable plazo de cinco días contados desde el siguiente al que hubiera concedido el plazo indicado en el “número” anterior. Así reza literalmente el párrafo 7.º del artículo 327 que estamos siguiendo. Nos causa extrañeza que se hable de “número anterior”, cuando en el artículo no hay números sino párrafos y, por tanto, estimamos que debería haber utilizado la expresión “párrafo anterior” (cfr. pár. 3.º, *in fine*, de este mismo art. 327). Lo mismo cabe predicar de la letra d) del párrafo 1.º del ya examinado artículo 325 (“... conforme a lo dispuesto en este número”).

La falta de emisión en plazo de los informes previstos en este precepto no impedirá la continuación del procedimiento hasta su resolución, sin perjuicio de la responsabilidad a que ello pudiera dar lugar (pár. 8.º).

El recurso finaliza con resolución de la Dirección General, que deberá recaer y notificarse en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en (el) Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso (silencio administrativo negativo), quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar (par. 9.º).

Publicada en el BOE la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los Registros mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquélla, una vez firme, será publicada del mismo modo (pár. 10.º). ¿Será verdad tanta felicidad? ¿Se impedirán así las actuales calificaciones recalcitrantes?

Si el recurso se hubiera estimado, el registrador practicará la inscripción en los términos que resulten de la resolución (pár. 11).

En el supuesto de haberse inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos expresados en la calificación, la rectificación del asiento precisará el consentimiento del titular del derecho inscrito y surtirá sus efectos sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 LH (pár. 12 final).

h) *Recursos contra las Resoluciones de la Dirección General.* Regulan lo enunciado el nuevo artículo 328 LH.

Contra las resoluciones, expresas o presuntas, del Centro Directivo contra la calificación de los registradores cabe recurso ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal (pár. 1.º en relación con los arts. 437 a 447 de la nueva LEC –Ley 1/2000, de 7 de enero–).

La demanda deberá interponerse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución practicada al interesado o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de un año desde la fecha de interposición del recurso (aquí se cuela el calificativo “gubernativo”), ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble y, en su caso, los de Ceuta o Melilla (pár. 2.º).

Legitimados para este recurso las mismas personas que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección General (cfr. art. 325 LH ya examinado). A este fin, recibido el expediente, el Tribunal a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días (pár. 3.º).

La Administración del Estado estará representada y defendida por el

abogado del Estado. Cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal (pár. 4.º).

No obstante lo indicado, los interesados seguirán ostentando el derecho a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo. El procedimiento judicial interpuesto a estos efectos en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso. Quien propusiese la demanda para que se declare la validez del título podrá pedir su anotación preventiva y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación; después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda sino desde su fecha (pár. 5.º).

i) *Recurso de queja*. Contra la denegación del registrador a extender asiento de presentación, a calificar, a expedir nota y su motivación, a notificar o a elevar el expediente en los plazos y forma establecidos en los artículos precedentes y sin perjuicio de las sanciones que pudieran ser aplicadas, el nuevo artículo 329 establece que se podrá interponer ante la Dirección General de los Registros y del Notariado recurso de queja en el plazo de un mes, que se sustanciará por el procedimiento previsto en la legislación hipotecaria (cfr. arts. 228 y 237 LH y arts. 97, 136, 333 y 416 RH) (pár. 1.º).

La resolución recaída podrá ser objeto de impugnación en vía jurisdiccional de acuerdo con lo dispuesto para la revisión jurisdiccional de la resolución del recurso contra la calificación (pár. 2.º, en relación con el nuevo art. 328). Aquí, por segunda vez, aparece el fantasma de “recurso gubernativo”.

j) *Régimen transitorio*. Según la disposición decimoctava de este nombre de la Ley (Ley 24/2001), el nuevo régimen que acabamos de sistematizar para los recursos contra la calificación (por tercera y última vez se asoma el “recurso gubernativo”) será de aplicación a los recursos interpuestos con posterioridad a su entrada en vigor (1 de enero de 2002, disp. final tercera. Uno).

Disposición transitoria que, al aplicar la regla general de la irretroactividad de las leyes (art. 2.3 C.c.), nos continúa dejando en el aire la duda que planteábamos al comenzar el estudio (¿?) de esta Sección 5.ª: normativa aplicable tras la S. del TS de 22 de mayo de 2000. Cuando nos referimos a esta cuestión expusimos las dos posturas que se habían mantenido y nos abstuvimos de indicar –modestia, se llama a esta figura– que la Dirección General confirmó nuestra tesis de la vigencia de la redacción anterior. Ahora no resistimos la tentación y nos remitimos a la Resolución de 4 de abril de 2001 (Fundamento de Derecho 2) que así lo declara expresamente (*vide* Circular 54/2001, n.º 10.746) y la de 15 de

noviembre, también de 2001 (Circular 21/2002, n.º 1551) que aplica el antiguo artículo 112 RH. Aceptamos, de buen gusto, que se nos califique de presumidos, inmodestos, etc.

Sección 6.ª Consultas vinculantes (art. 103).

Tanto el Consejo General del Notariado como el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España podrán elevar consulta a la Dirección General respecto de aquellos actos o negocios susceptibles de inscripción en cualquiera de los Registros a su cargo (apartado 1).

Las consultas así evacuadas serán vinculantes para todos los notarios y registradores, quienes deberán ajustar la interpretación y aplicación que hagan del ordenamiento al contenido de las mismas (apartado 2). Interpretación *quasi* auténtica.

Estas consultas se articularán al procedimiento que reglamentariamente se establezca (apartado 3). A la espera, pues, del desarrollo reglamentario nos quedamos.

Sección 7.ª Registrador competente para calificar los títulos inscribibles (arts. 104 y 105).

Expuesto ya al examinar la sección 3.ª (art. 100) el nuevo artículo 275 bis de la LH (cuadro de sustituciones en virtud del cual uno o varios registradores que sirvan en un Registro puedan calificar y despachar documentos correspondientes a otros Registros), pendiente de desarrollo reglamentario (art. 105 de la Ley 24/2001), reiteramos señalar que en el artículo 104 se lleva a cabo la adición al artículo 18 C. de Co. de cinco nuevos apartados (4, 5, 6, 7, y 8) que no hacen más que trasladar al campo mercantil la reforma llevada a cabo en el inmobiliario por los nuevos apartados (segundo, tercero y cuarto) del artículo 18, el nuevo artículo 19 y el también nuevo artículo 275 bis, todos ellos de la LH, referentes a:

- Nuevo plazo para calificar,
- posibilidad de acudir a otro registrador,
- sanciones por calificar fuera de plazo y
- recursos contra la calificación.

En evitación de repeticiones inútiles nos remitimos a lo consignado al sistematizar la mentada Sección 3.ª.

Sección 8.ª Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva (arts. 106 a 115).

En esta sección la Ley regula el uso de la firma electrónica por parte de notarios y de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Como se destaca en el antes citado *Boletín Notarial* n.º 45 (14 de enero) “La Ley opta por aplicar las más modernas técnicas de co-

municación telemática y electrónica a nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, siendo consciente de que es necesario extremar el celo de estas nuevas técnicas para que no exista merma en la seguridad del sistema actual, de ahí que, tanto la obtención de la firma electrónica avanzada por parte de notarios y registradores, como su uso, esté sometido a requisitos más rigurosos que los generales. En conclusión, se pretende que, salvaguardando los principios esenciales de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, se incorporen al mismo las más modernas técnicas telemáticas, siendo en este punto nuestro país pionero”.

El objeto de esta sección 8.^a es regular la atribución y uso de la firma electrónica por parte de notarios y registradores en el ejercicio de sus funciones públicas (art. 106).

La implantación de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información se establece con carácter obligatorio, correspondiendo a la Dirección General determinar, mediante las Instrucciones oportunas, las características que hayan de reunir los indicados sistemas de conformidad con la legislación notarial e hipotecaria, respectivamente, garantizando la ruptura del nexo de comunicación, de forma que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información (art. 107).

La publicación de servicios de información se hará de acuerdo con lo dispuesto en el RD Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, a efectos de expedir certificados electrónicos mediante los que se vinculen unos datos de verificación de firma a la identidad, cualidad profesional, situación administrativa de los notarios y registradores en activo, así como la plaza de destino asignada. Se deja pendiente de ulterior desarrollo reglamentario —una vez más en esta Ley— los requeridos a que hayan de someterse las disposiciones técnicas de creación y verificación de firma electrónica, la forma en que deban ser generados y entregados a sus titulares, las menciones que deban contener los certificados, el procedimiento y publicidad de su vigencia, suspensión o revocación, en el marco del citado RD Ley y del principio de libre acceso a la actividad de prestación de servicios de certificación (art. 108).

La firma electrónica para notarios y registradores, que deberá tener el carácter de avanzada, habrá de cumplir, además, los requisitos siguientes, que enumera el apartado 1 del artículo 109:

— Estar amparada por un certificado reconocido emitido por un prestador de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en el repetido RD Ley y en la presente disposición,

— vincular unos datos de verificación de firma a la identidad del titular, su condición de notario o registrador en servicio activo (a mí ya no me toca, *Deo gratias*) y a la plaza de destino,

— expresar que el uso de la firma electrónica se encuentra limitado exclusivamente a la suscripción de documentos públicos u oficiales propios del oficio del signatario,

— y corresponderse con un dispositivo seguro de creación de firma electrónica ajustado a lo dispuesto en el artículo anterior y generado conforme al mismo.

No se olvide que, según la disposición transitoria vigésimo primera, en el plazo máximo de nueve meses desde el 1 de enero de 2002 (1 de octubre, pues) los notarios y registradores deberán (imperativo) obtener del prestador de servicios de certificación su firma electrónica avanzada, de acuerdo con las características que acabamos de reseñar. Así como lo prevenido en la disposición transitoria de número correlativo precedente (o sea, la vigésima), conforme a la cual, en lo relativo a la obtención de una firma electrónica avanzada por los notarios y registradores, hasta tanto no se provea un sistema telemático diferente por la Dirección General, deberán éstos disponer obligatoriamente de una dirección de correo electrónico, que les será asignada por el Consejo General del Notariado o el Colegio de Registradores.

Los notarios y registradores habrán de obtener, en el momento de la toma de posesión de una plaza, su correspondiente firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido, de conformidad con lo previsto en este artículo 109. De igual manera habrá de procederse cuando se produzca la revocación o expiración del periodo de validez del certificado precedente (art. 109, apart. 2).

A tal fin, deberá procederse en ese momento a la generación de los datos de verificación de firma, con intervención personal del signatario, en presencia de la autoridad corporativa competente y auxiliado por los mecanismos técnicos correspondientes. Los prestadores de servicios de certificación no podrán, en ningún caso, almacenar ni copiar los datos de creación de firma (art. 109, apart. 3).

Estos prestadores de servicios de certificación tampoco podrán emitir los certificados que amparan las firmas electrónicas profesionales de notarios y registradores hasta tanto no hayan recibido notificación electrónica, firmada por el titular del órgano corporativo competente, expresiva de los datos de verificación de firma del signatario y acreditativa de la condición de notario o registrador, de la situación de servicio activo del mismo, de su plaza de destino y de haberse cumplido los requisitos de asunción de la firma electrónica que reglamentariamente se establezcan (art. 109, apart. 4).

Corresponderá a notarios y registradores la obligación de custodiar personalmente los datos de creación de firma electrónica que les corresponda, no podrán ceder su uso a ninguna otra persona y deberán denun-

ciar inmediatamente a su Colegio su pérdida, extravío o deterioro, así como cualquier situación que pueda poner en peligro el secreto o la unidad del mecanismo (art. 109, apart. 5).

En todo caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 del repetido RD Ley 14/1999, los prestadores de servicios de certificación deberán proceder a la inmediata revocación de sus certificados a instancia de la autoridad corporativa competente, que así deberá ordenarlo a solicitud del propio signatario conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, y cuando se produzca su cese en la plaza de destino. Procederá la suspensión del correspondiente certificado en los supuestos de la interrupción temporal de las funciones del signatario previstas en la legislación notarial o hipotecaria, o a requerimiento del mismo (art. 109, apart. 6).

¿Cuáles son los fines o utilidades de esta firma electrónica? Se encarga de responder a esta, un tanto perogrullesca, pregunta el artículo 110:

— Mediante su uso podrán remitirse documentos públicos notariales, comunicaciones, partes, declaraciones y autoliquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones por vía electrónica por parte de un notario o registrador dirigidas a otro notario o registrador, a las Administraciones públicas o a cualquier órgano jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio,

— también podrán remitirse copias simples electrónicas a las entidades y personas interesadas cuando su identidad e interés legítimo le consten al notario; de la misma forma podrán remitirse por los registradores notas simples informativas. El receptor podrá, por el mismo medio, enviar al remitente acuse de recibo y, en su caso, dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones administrativas o tributarias, y

— asimismo podrá ser empleada por notarios y registradores para el envío de documentos e informaciones a los particulares con el valor, efectos y requisitos que reglamentariamente se determinen.

No finalizan aquí las novedades que nos ofrece en el campo de las nuevas técnicas telemáticas y electrónicas esta inacabable Ley 24/2001. Yendo paso a paso —como se suele hacer en la elaboración de platos según una conocida colección de recetas (*La Cocina paso a paso*), nos tropezamos con:

1.º El artículo 112, que permite, salvo indicación en contrario de los interesados (yo “utopío”, tú “utopías”...), que los documentos susceptibles de calificación e inscripción en los registros (Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles) podrán ser presentados en éstos por vía telemática y con firma electrónica avanzada del notario autorizante o responsable del protocolo, siempre que cumplan los requisitos expresados en ésta, dejando constancia de ello en la matriz o, en su caso, en el libro indicador (curiosa alternativa a nuestro entender).

En estos casos el registrador comunicará al notario autorizante, o a su sucesor en el protocolo, de la misma manera (vía telemática con firma electrónica avanzada), tanto la práctica del asiento de presentación como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización del asiento que corresponda (inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal), con arreglo a los principios de la legislación registral.

Practicado el asiento registral, el notario dejará constancia de la recepción de la comunicación del registrador y de su contenido en forma de testimonio, bajo su fe, en la matriz y en la copia que de la misma expida.

Los asientos de presentación realizados por esta vía, se practicarán por el orden que correspondan a su hora de recepción. Reglamentariamente se establecerán –y seguimos de futuro o dando largas a la introducción de las novedades– los criterios y el procedimiento para que los asientos de presentación que traigan causa de títulos presentados por vía telemática, dentro o fuera de las horas de oficina, se practiquen de modo correlativo a la hora de su recepción teniendo en cuenta a su vez la hora de presentación de los demás títulos que tengan acceso al registro, tanto los presentados en papel como los presentados por vía telemática.

2.º El artículo 113, relativo a testimonios, certificaciones y almacenamiento de notificaciones electrónicas. Los notarios podrán testimoniar en soporte papel, bajo su fe, las comunicaciones o notificaciones electrónicas recibidas o efectuadas, conforme a la legislación notarial. Asimismo, los registradores podrán expedir certificaciones de las remitidas o recibidas conforme a la legislación hipotecaria.

El procedimiento para almacenar en soporte informático adecuado las comunicaciones electrónicas, debidamente firmadas, efectuadas o recibidas de otros notarios, otros registradores y de otros órganos de la administración estatal, autonómica, local o judicial, se determinará reglamentariamente.

Y a ambos (notarios y registradores) se les impone la obligación de proceder, con la periodicidad que se indique, a trasladar dichas comunicaciones o notificaciones del soporte en que estuvieran almacenadas, copiándolas de nuevo en otro tecnológicamente adecuado que garantice, en cada momento, su conservación y lectura.

3.º El artículo 114 que regula la constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes informáticos, y que se deja en suspenso hasta su desarrollo reglamentario. Ateniéndose al procedimiento que se establezca, cuando un notario sea requerido para dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático, no será necesaria la transcripción de su contenido en el documento en soporte papel, bastando con que en éste se indique el nombre del archivo y una función alfa-

numérica que lo identifique de manera inequívoca, obtenida del mismo con arreglo a las normas técnicas dictadas al efecto por el Ministro de Justicia. El Archivo informático así referenciado deberá quedar almacenado en la forma prevista en el artículo precedente (subsana el error material aparecido en el BOE, en el que la remisión se hace al “artículo 79 bis dieciocho”, por cuanto en el texto aprobado en el Senado así figuraba, ya que este art. 114 era el 79 bis diecinueve y el 113 el 79 bis dieciocho). Las copias que se expidan del documento confeccionado podrán reproducir únicamente la parte escrita de la matriz, adjuntando una copia en soporte informático adecuado del archivo relacionado, amparada por la firma electrónica avanzada del notario.

Asimismo, a solicitud de los interesados, los notarios podrán almacenar en archivo informático las comunicaciones electrónicas recibidas, así como las que, a requerimiento de aquéllos, envíen a terceros. En todo caso el notario actuante (¿a que suena feo?), dejará constancia en acta de tales hechos, consignando la fecha y hora en que hayan sucedido y expresado con claridad los extremos que quedan amparados bajo su fe. A estos exclusivos efectos, podrán los notarios admitir como requerimiento de parte la instancia suscrita con firma electrónica avanzada atribuida al requirente por un prestador de servicios de certificación acreditado mediante un certificado reconocido.

4.º El artículo 111, que situamos en penúltimo lugar por considerarlo como una especie de antesala de la “bomba” contenida en el artículo 115. Según el 111, por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y el procedimiento para la integración en las distintas declaraciones de voluntad en el negocio jurídico unitario, así como la plasmación del mismo en un único documento público.

¡Qué lejos queda la regulación de los artículos 54 C. de Co. y 1.262, pár. 2.º C.c.! Dos siglos nos contemplan hubiera dicho, quizás, Napoleón.

5.º Y el artículo 115. La que hemos denominado “bomba” por rechazar el instrumento público electrónico, añadiendo un nuevo artículo 17 bis y una nueva disposición transitoria undécima a la anciana LO del Notariado (Ley de 28 de mayo de 1862).

Comienza el artículo 17 bis, en su apartado 1, estableciendo que “los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley (matrices y copias), no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de

aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias”.

Como no podía ser de otro modo, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos (pár. 2.º, apartado 2, del art. 17 bis). Enumerándose a continuación en el invocado apartado 2.º los requisitos mínimos, sin perjuicio de que reglamentariamente, y en lo no previsto en el artículo de que se trata, se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del novedoso instrumento público electrónico (pár. 1.º, apartado 2).

Los requisitos, que hemos calificado de mínimos, son: fe de conocimiento, juicio de capacidad, libertad de conocimiento y adecuación a la legalidad y a la voluntad, debidamente informada, de los otorgantes o intervinientes (letra a) del repetido párrafo 2.º del apartado 2.

Se reitera en la letra b) de estos mismos párrafos y apartado que “los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”. “Los mismos efectos” a que se refiere el mentado párrafo 2.º del apartado 2.

En materia de copias el apartado 3 del propio artículo 17 bis distingue entre copias autorizadas y simples, estableciendo:

— Que las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Estas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccionales, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio,

— Y que las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.

Permite, además, el apartado 4 del artículo de que se trata, que las copias autorizadas expedidas electrónicamente se trasladen a papel, exigiendo, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, que este traslado se haga por el notario al que se le hubieren remitido. Pudiendo, asimismo, los registradores de la propiedad así como los órganos de las Administraciones Públicas y Jurisdiccionales, trasladar a papel las copias autorizadas electrónicas que hubieren recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlos a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia (apart. 6).

En todo caso –según el apart. 5– las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante de la matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiere enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

No se olvide:

— Que las copias electrónicas sólo serán válidas para la concreta finalidad para la que fueron solicitadas, lo que deberá hacerse constar expresamente en cada copia indicando dicha finalidad (apart. 7),

— que supletoriamente la expedición de copia electrónica queda sujeta a lo previsto para las copias autorizadas en la Ley notarial y en su Reglamento (apart. 8),

— y que, transitoriamente y hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo (se está refiriendo al 115 de la Ley 24/2201 y por extensión al nuevo art. 17 bis adicionado a nuestra LO) se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas, así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas (disp. trans. undécima de la LO, añadido por el apart. 2 del recientemente citado art. 115).

8) *Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862* (disp. adic. decimoctava). El artículo 10 de nuestra LO exigía para ser notario la nacionalidad española, requisito que se reiteraba en el artículo 6.º del Reglamento en la redacción vigente que le dio el RD 950/1987, de 24 de julio.

El Parlamento Europeo, vista la propuesta presentada por los diputados LUCAS PIRES, MARINHO, JANSSE VAN ROY Y SALEMA, aprobó el 18 de enero de 1994 una Resolución sobre la “Situación y organización de los doce Estados Miembros de la Comunidad Europea” (Res. núm. 0422/93), que va acompaña de una Exposición de Motivos en la que se pide a la Comisión, a los Estados Miembros y a los organismos notariales que acuerden conjuntamente la aplicación de reformas estatutarias que podrán permitir la aproximación a escala europea de determinados aspectos propios de la organización de la función notarial. A este respecto, se concreta que se desea se adopten medidas con el fin de suprimir entre ciudadanos de la Unión Europea la condición de la nacionalidad para el acceso a la profesión. Ante el incumplimiento de este deseo el 22 de junio de 1999 la Comisión Europea dirigió a todos los países de la UE un escrito de denuncia sobre el mismo punto: requisito de la nacionalidad. A este escrito los Presidentes de los Notariados europeos, reunidos en Bruselas el 29 de julio siguiente debatieron el tema y llega-

ron a la conclusión de que su mantenimiento o supresión era competencia de cada Estado.

Por parte nuestra se soluciona el problema, si así se le podía calificar, en la citada disposición adicional que da nueva redacción al artículo 10 LO y que, por aplicación del principio de jerarquía normativa y la derogación de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Ley 24/2001 (disp. derog. única, Cinco), deja también sin efecto la condición 1.^a contenida en el artículo 6.º RN (“1.^a Ser español”).

Según la nueva redacción: “Los que aspiren a realizar las pruebas relativas para el ingreso en el Notariado, deben reunir, en la fecha en que termine el plazo de presentación de las instancias, las condiciones siguientes: = 1. Ser español u ostentar la nacionalidad de cualquier país miembro de la Unión Europea.= 2. Ser mayor de edad.= 3. No encontrarse comprendido en ninguno de los casos que incapacitan o imposibilitan para el ejercicio del cargo de Notario.= 4. Ser Doctor o Licenciado en Derecho o haber concluido los estudios de esta Licenciatura.= Si el título procediera de un Estado miembro de la Unión Europea, deberá presentarse el certificado acreditativo del reconocimiento u homologación del título equivalente, conforme a la Directiva 89/48, de 21 de diciembre de 1988, al Real Decreto 1665/1991, de 24 de octubre y demás normas de transposición y desarrollo”.

9) *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores* (disp. adic. decimonovena). Se añade a esta Ley una nueva disposición adicional, la decimoséptima, con arreglo a la cual se faculta al gobierno para autorizar, oídas las CCAA con competencia en la materia, que una o varias entidades adquieran, directa o indirectamente, la totalidad del capital de todas o algunas de las sociedades que administren sistemas de registro, compensación y liquidación de valores y mercados secundarios españoles, sin que, una vez producida la adquisición, a esas entidades y a sus filiales les sea de aplicación el régimen de participación accionarial previsto en el artículo 48.1 de esta Ley.

Corresponderá –ojo a los afortunados– a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la competencia para autorizar los estatutos por los que se rijan esas entidades y sus modificaciones, así como el nombramiento de los miembros de su Consejo de Administración y de sus Directores Generales –que habrán de reunir los requisitos de las letras f), g) y h) del art. 67.2 de la presente Ley.

10) *Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Remisión de información de los Notarios a los Ayuntamientos* (disp. adic. vigésima segunda). “En la relación o índice que remitan los

Notarios al Ayuntamiento, éstos deberán hacer constar la referencia catastral de los bienes inmuebles cuando dicha referencia se corresponda con las que sean objeto de transmisión. Esta obligación será exigible a partir de 1 de abril de 2002". Esta es la redacción literal del nuevo párrafo añadido al apartado 7) del artículo 111 de la expresada Ley.

Que no despieste a nadie: desde 1 de abril del año en curso hay que consignar la referencia catastral en las notificaciones que se remitan relativas al Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía).

11) Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946. Por orden de numeración de los artículos afectados reseñamos:

— Artículo 9.º. Utilización de bases gráficas en el Registro de la Propiedad. En la disposición adic. vigésima octava se adicionan los siguientes párrafos al único actual de su regla (¿?) 1.ª: "Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.= La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizaran, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Unos de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el Registrador hará constar referencia suficiente a la finca correspondiente. Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describe la finca y se incorpore la base gráfica.= Los Registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registradas y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente" (disp. adic. vigésima octava).

Se hace revivir de este modo parte de la reforma que había pretendido llevar a cabo el famoso RD 1867/1988, de 4 de septiembre, y que el TS en su S. de 31 de enero de 2001 había declarado nulo –entre otros muchos puntos– en cuanto a los párrafos 3.º a último de la regla 4.ª del artículo 51 RH, que son los que ahora se introducen reformando la LH (principio de jerarquía normativa). La resurrección afecta –casi literalmente– a los párrafos 3.º, 4.º, 5.º y 9.º de la indicada regla 4.ª del artículo 51.

— Artículo 42.9.º. Se añade a la lista de personas que puedan pedir anotación preventiva las que resulten afectadas por el procedimiento de

rectificación de errores en algún asiento ya practicado que de oficio inicie el registrador. Podrán, por tanto, según este supuesto 9.º, pedir anotación preventiva: “El que presentase en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable, por imposibilidad del Registrador, o cuando este inicie de oficio el procedimiento de rectificación de errores que observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine” (disp. adic. vigésima quinta).

— Y artículo 82. Se añade un párrafo quinto relativo a la cancelación por caducidad de condiciones resolutorias e hipotecas inscritas. Se había intentado una modificación similar en el repetido RD 1867/1988 (pár. 2.º del art. 177 RH) que se salvó de la quema en la S. del TS de 24 de febrero de 2000, pero que fue declarado nulo en la de 31 de enero de 2001.

Según la adición efectuada en la Disposición adic. vigésima séptima de un párrafo quinto al citado artículo 82 “A solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de esta Ley y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca”.

12) Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Régimen disciplinario de los notarios. Se considera infracción muy grave: “El incumplimiento de las obligaciones de custodia y uso de la firma electrónica avanzada del Notario, así como la obligación de denunciar la pérdida, extravío o deterioro o situación que ponga en riesgo el secreto o la unicidad del dispositivo de creación de firma de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre el uso de firma electrónica de Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles” (nueva letra d) añadida a la letra h) de Letra A, del artículo 43 dos, apartado segundo, por la disp. adic. vigésima novena).

13) Remisión de información relativa a la aplicación del arancel notarial y de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles (disp. adic. trigésima). Reglamentariamente se establecerá el procedimien-

to con arreglo al cual, tanto unos como otros deberán facilitar información relativa a la aplicación de sus correspondientes aranceles. El incumplimiento de esta obligación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, tendrá la consideración de infracción grave.

14) Prestación de servicios de certificación para Notarios y Registradores por el Consejo General del Notariado y el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (disp. adic. vigésima sexta). Tanto el Consejo General como el Colegio Nacional deberán, en el plazo máximo de seis meses desde el 1 de enero de 2002, constituirse en prestadores de servicios de certificación, pudiendo celebrar a estos efectos los oportunos convenios, de conformidad con lo prevenido en esta Ley, y una vez que se hayan cumplido los requisitos y condiciones establecidos.

Ambos —el Consejo General y el Colegio Nacional— estarán obligados a la prestación de los servicios de certificación, siempre que así sea solicitado por un notario o un registrador de la propiedad o mercantil respectivamente.

15) Obligación de trasladar el contenido de los asientos de los Registros de la Propiedad y Mercantiles a soporte informático (disp. trans. decimonovena). El contenido de los libros y asientos de todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España deberá constar en soporte informático en el plazo de un año (1 de enero de 2003).

La responsabilidad de dicho traslado se impone a los registradores que en lo sucesivo sirvan cada Registro, debiendo, en el plazo de dos meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley (1 marzo de 2002), presentar el Colegio de Registradores ante la Dirección General un plan que contenga información referente al grado de constancia en soporte informático de los asientos de cada Registro (más que un plan es una rendición de cuentas) así como las medidas, planes (¿?), instrumentos y procedimientos que vayan a ser utilizados a fin de cumplir la obligación de que se trata (esto sí es un plan, mejor dicho un plan al cuadrado, “un plan que contenga... planes”).

El coste derivado de estos traslados será soportado:

— Por el registrador o los registradores que sirvan cada Registro en proporción al tiempo que hubieran permanecido en la plaza (entre el 1 de enero de 2000 y el mismo día y mes de 2003),

— y en caso de vacantes, por el Colegio de Registradores.

El incumplimiento del deber de trasladar a soporte informático, el de satisfacer el importe proporcional, así como la falta de presentación del plan se considera infracción muy grave y se sancionará de acuerdo con el

nuevo régimen disciplinario (cfr. arts. 313 y 314 LH, *vide* n.º 7 de esta Circular, sección 4.º).

Finaliza esta disposición transitoria decimonovena estableciendo que “La previsión recogida en el artículo 97 dos de la presente Ley no será de aplicación hasta en tanto en cuanto no se disponga de la aplicación definitiva del acceso telemático e inmediata a los datos del Registro Mercantil, aplicación que deberá estar realizada en el plazo máximo de un año”. La referencia que se hace al artículo 97 dos de la presente Ley –y que reproduce el texto aprobado definitivamente por el Congreso (*vide* BO Cortes-Congreso, serie A, n.º 50-13, de 28 de diciembre de 2001)– nos conduce a la nada, por cuanto en esta Ley no hay artículo 97 dos. A la espera de una rectificación oficial de errores en el BOE indagamos y confirma nuestras sospechas el texto aprobado por el Senado (BO Cortes-Senado, Serie II, n.º 41 g, de 19 de diciembre de 2001), donde el artículo a que se remite es el 79 bis y que es el actual artículo 97 (introducción de un nuevo párrafo cuarto en el art. 23 C. de Co.; *vide* n.º 7 de la presente, sección 1.ª).

Como aclaramos en nuestras palabras iniciales, a finales de año intentamos adelantarnos a los acontecimientos y en la Circular 95/2001 dimos cuenta de los proyectos de Ley de Presupuestos Generales y de Medidas Fiscales, confiando en que en los textos definitivamente aprobados no se produjeran grandes cambios, basándonos en el principio jurídico de que no es válido ir contra los actos propios, pero... lo que es válido en el campo del Derecho no parece que lo sea en el político: el partido autor de los proyectos, y que ostenta mayoría absoluta, ha cambiado de parecer –no somos nadie para juzgar si acertadamente o no– y con sus numerosas enmiendas ha provocado todas las novedades que hemos ido recogiendo en esta nueva Circular, que se nos antoja más larga que la primera. A nuestros habituales lectores pedimos excusas por la duplicidad, entonamos el “*mea culpa*” y hacemos firme propósito de enmienda, comprometiéndonos a no repetir nunca más el experimento. De ideas luminosas, ¡libera nos Dómine!

TESTAMENTO VITAL: DECLARACIÓN DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTOS PREVIOS. 2.1. Ley civil y ley moral. 2.2. Derecho a la vida. 2.3. Doctrina moral. 2.4. ¿Derecho a la muerte? 2.5. Términos específicos. 2.6. Uso de medios extraordinarios. 3. CONSENTIMIENTO INFORMADO. 4. DENOMINACIÓN: DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA (DVA). 5. CONTENIDO 6. EFECTOS. 7. FORMA. 8. ARCHIVO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS (AVAN). 9. APODERAMIENTO. 10. CRÍTICA. 11. FORMULARIO. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La calidad de vida existente en la actualidad alcanza a la ciencia médica y biológica. Los avances y nuevos descubrimientos, así como los tratamientos y cuidados actuales permiten el diagnóstico precoz de enfermedades, la aplicación de nuevos tratamientos, nuevas intervenciones quirúrgicas y hospitalarias y otras nuevas técnicas que tienen como des-

tino final el mantenimiento y prolongación de la salud o, al menos, de la vida humana.

Sin embargo, en ocasiones, los tratamientos que se deben realizar exigen la utilización de medios costosos o agresivos para el paciente. Unas veces por prudencia, otras, por necesidad y otras, para evitar posibles responsabilidades profesionales, es necesario recabar el consentimiento del paciente a las tareas que se pretenden realizar. También es exigible el consentimiento del paciente para la aceptación del éxito o del fracaso del tratamiento, no siempre seguro.

En los supuestos de normalidad, el propio paciente –otorgante– consiente con carácter previo y por escrito la intervención que se va a realizar, su coste económico, los riesgos de la misma y las consecuencias derivadas de ella. De manera que, si no presta su consentimiento no será posible realizar la intervención prevista.

De aquí ya podemos anticipar una premisa. Si el paciente es consciente puede y debe decidir sobre las atenciones médicas que le practiquen. Pero este consentimiento se refiere a estos cuidados médicos, no a su vida o a su muerte, para lo cual nadie, paciente o no, está facultado para decidir.

La finalidad de estas notas es señalar unos criterios, unas normas de actuación y unos límites en la actuación referida a esta materia.

2. Conceptos previos

2.1. Ley civil y ley moral.

“Hay que obedecer a Dios antes que a los hombres” (Act. 5, 29). En la cultura democrática de nuestro tiempo se ha difundido ampliamente la opinión de que el ordenamiento jurídico de una sociedad debería limitarse a percibir y asumir las convicciones de la mayoría y, por tanto, basarse sólo sobre lo que la mayoría misma reconoce y vive como moral.

La democracia no puede mitificarse convirtiéndola en un sustitutivo de la moralidad o en una panacea de la inmoralidad. Fundamentalmente es un ordenamiento y, como tal, un instrumento y no un fin. Su carácter moral no es automático, sino que depende de su conformidad con la ley moral a la que, como cualquier otro comportamiento humano, debe someterse.

Precisamente por esto, la ley civil debe asegurar a todos los miembros de la sociedad el respeto de algunos derechos fundamentales, que pertenecen originariamente a la persona y que toda ley positiva debe reconocer y garantizar.

SANTO TOMÁS DE AQUINO dice: “*La ley humana es tal en cuanto está conforme con la recta razón y, por tanto, deriva de la ley eterna. En cambio, cuando una ley está en contraste con la razón, se la denomina ley inícuca; sin embargo, en este caso deja de ser ley y se convierte más bien en un acto de violencia*” (Summa Theologiae, I-II, q.93, a.3, ad 2um.).

Las leyes de este tipo no sólo no crean ninguna obligación de conciencia, sino que, por el contrario, establecen una grave y precisa obligación de oponerse a ellas mediante la objeción de conciencia.

2.2. Derecho a la vida.

En todo caso, convendría recordar que estos avances y descubrimientos médicos y biológicos de los que se ha hablado no han cambiado los principios fundamentales de la existencia humana. Lo que sí ha cambiado son las circunstancias en las que hay que aplicar estos principios.

El derecho a la vida es un derecho fundamental de la persona humana reconocido como tal en nuestra Constitución en su artículo 15 y defendido por las Leyes que no puede ser violado. Aunque se utilice el término *derecho* en un sentido político o cívico, no patrimonial, se puede afirmar que toda persona tiene derecho a la vida, a vivir. Que no se trata de un derecho subjetivo que pueda ser renunciable, ni está en el comercio de los hombres, ni puede ser objeto de negocio jurídico alguno.

Existe el derecho a la vida, pero no existe el derecho a discutir sobre la vida. Y este enunciado es tan antiguo como el hombre y sigue manteniendo la misma actualidad y vigencia que tiene la vida humana.

2.3. Doctrina moral.

En esta cuestión es inevitable y necesario realizar una exposición de la doctrina moral sobre el derecho a la vida. Como fuente de autoridad se puede acudir a la doctrina contenida en la encíclica “*Evangelium vitae*”.

El hombre no es el dueño de la vida y de la muerte. Utilizando términos jurídicos, no tiene el *habere* o poder de disposición sobre la propia vida ni sobre la ajena.

Existe la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero esta obligación se debe valorar según las situaciones concretas. La renuncia a los medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte.

Sin embargo, no es lícito privar al moribundo de la conciencia propia sin grave motivo: acercándose a la muerte, los hombres deben estar en

condiciones de poder cumplir sus obligaciones morales y familiares y las propias de su conciencia.

2.4. ¿Derecho a la muerte?

Muerte asistida. Se pueden distinguir tres estados distintos de la cuestión:

a) Eutanasia pasiva u ortotanasia: que consiste en la interrupción de los tratamientos médicos peligrosos, extraordinarios o desproporcionados, cuya única finalidad es prolongar artificialmente la existencia. Moralmente es admisible.

b) Eutanasia indirecta o lenitiva: que consiste en la aplicación de cuidados paliativos del dolor, aun a riesgo de adelantar el fallecimiento del paciente. Moralmente también es admisible.

c) Eutanasia activa: que consiste en causar directamente la muerte de un enfermo incurable o con una dolorosa enfermedad crónica. Moralmente no es admisible y se encuentra penada en el Derecho español (art. 143 del Código penal). Por eutanasia en sentido verdadero y propio se debe entender una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. De ella se debe distinguir el llamado “ensañamiento terapéutico”, o sea, ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia.

El suicidio es siempre moralmente inaceptable, al igual que el homicidio. La opción de la eutanasia es más grave cuando se configura como un homicidio que otros practican en una persona que no la pidió de ningún modo y que nunca dio su consentimiento. La vida del más débil queda en manos del más fuerte; se pierde el sentido de la justicia en la sociedad y se mina en su misma raíz la confianza recíproca, fundamento de toda relación auténtica entre las personas.

2.5. Términos específicos.

Nutrición e hidratación artificial: cuando a una persona se le suministran alimentos y agua a través de un tubo o sonda.

Cuidado de alivio: cuidado que ayuda a mantener a una persona aliviada pero que no mejora su condición de salud. Por ejemplo: bañar, mojar los labios o cambiar de posición al paciente.

Resucitación cardiopulmonar (CPR): procedimiento que trata de restaurar la respiración y el ritmo cardíaco. Puede administrarse empujando en el pecho, mediante respiración boca a boca, poniendo un tubo en la garganta, etc.

Tratamiento para sostener la vida: cualquier tratamiento médico utilizado para evitar que una persona muera.

Estado vegetal permanente: cuando una persona se encuentra en estado inconsciente o en coma, sin ninguna posibilidad de recuperar la conciencia a pesar del tratamiento médico. El cuerpo y los ojos pueden que se muevan pero la persona no puede pensar, hablar o responder por sí misma.

Condición terminal: un estado del paciente causado por lesión o enfermedad que no tiene cura y de la cual los médicos esperan que la persona muera aun con tratamiento médico. Cualquier tratamiento para mantener la vida sólo prolongará la agonía de la persona que sufre una condición terminal.

2.6. Uso de medios extraordinarios.

Como resumen de este apartado se puede señalar que la cuestión central es el recurso a los medios extraordinarios. En este sentido hay que recapitular las siguientes ideas:

1. Por exigencia del derecho a la vida existe la obligación moral de curarse y de hacerse curar. No es lícito abandonarse a la propia enfermedad.

2. Pero una cosa es desear y buscar la propia muerte que no es lícito, y otra distinta es aceptar la muerte como suceso propio de la condición humana que es inevitable. En este contexto se debe entender que no es obligado acudir a los medios extraordinarios para obtener una curación no segura y siempre probable. Y, por lo mismo, se debe evitar la propia curación a cualquier precio y a costa de cualquier medio técnico. Es decir, es lícito evitar el “ensañamiento terapéutico”.

3. No se puede ofrecer una definición concreta de lo que son o no son medios extraordinarios. Se definen más bien por su contrario: son los medios no ordinarios o no disponibles para cada situación concreta. Por tanto, depende de cada enfermo, de cada enfermedad, de cada centro hospitalario y de cada momento histórico.

4. El dolor y el sufrimiento que acompañan a la enfermedad se deben curar, impedir o mitigar. Pero evitar el dolor no es un fin en sí mismo, sino que existe un fin superior que es la propia vida. De manera que no es lícito causar la muerte, propia o ajena, para evitar el dolor. Esto sería matar: suicidio u homicidio.

5. Es lícito administrar medicación para mitigar o evitar el dolor, siempre que no se cause la muerte, y aunque provoque estados de menor conciencia en el paciente. Pero también es lícito que el paciente por propia decisión renuncie a todo o parte del tratamiento de alivio en aras de

finés superiores o por mantener la conciencia plena hasta el último instante de su vida.

6. Por último, hay que dejar que la vida siga su curso sin anticipar su final y sin intentar adivinar la presunta voluntad de un enfermo que no la puede expresar a causa de su padecimiento.

3. Consentimiento informado

El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina otorgado el día 4 de abril de 1997, más conocido como *Convenio de Oviedo*, dedica su capítulo II al consentimiento. El principio general es que cualquier intervención en el ámbito de la sanidad sólo se podrá realizar después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento y haya sido previamente informada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias.

Este consentimiento se debe otorgar de forma anticipada a la situación clínica del paciente o a una intervención médica y se conoce como *consentimiento informado*. Es una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico y en el Derecho de las personas.

La Ley 21/2000 del Parlamento catalán regula este consentimiento en su artículo 6, donde establece que debe ser un consentimiento específico, libre, con información suministrada previamente y por escrito en los supuestos de especial trascendencia. Puede ser revocado en cualquier momento.

El Proyecto de Ley vasca se refiere más bien a lo que luego se denomina declaración de voluntad anticipada. No regula expresamente el consentimiento informado, aunque lo da por supuesto para cada intervención médica.

4. Denominación: Declaración de voluntad anticipada (DVA)

Aunque tenga el poder, ningún Estado tiene el derecho de impedir que el ciudadano deje plasmada su voluntad relativa a morir en paz y con dignidad. Con estas finalidades y, en concreto, para evitar el llamado "ensañamiento terapéutico" ha ido formándose la práctica de realizar una declaración de voluntad que recoja la manifestación del paciente en tal sentido.

El notario tiene el deber de autorizar el documento que exprese la voluntad de la persona respecto a ciertos procedimientos médicos cuya aplicación le prolongarían su sufrimiento y agonía, en previsión de quedar incapacitado a consecuencia de una enfermedad. El documento debe reunir las mayores garantías legales de autenticidad y legalidad si quiere ser verdadero regulador de derechos.

La Declaración de voluntad anticipada (en adelante DVA) debe ser el documento, preferentemente notarial, que tiene por objeto una declaración de voluntad relativa a la expresión anticipada de los deseos del otorgante respecto de ciertas intervenciones médicas cuyo destinatario es el equipo médico responsable de la intervención.

RAFAEL MARTÍNEZ DÍE define este tipo de documento como un acto solemne y revocable a través del cual una persona física, con capacidad suficiente, puede:

- Imponer que se le provoque la muerte, caso de padecer una enfermedad crónica, terminal o que origine una situación vegetativa irreversible.

- Prohibir intervenciones o terapias curativas precisas para la prolongación de la vida.

- Impedir el uso permanente de procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva que tienen como finalidad prolongar la existencia.

- Dictar instrucciones, dirigidas especialmente a los profesionales de la medicina que asisten al interesado, para preseleccionar el tratamiento médico o quirúrgico que ha de prestársele.

- Designar una persona habilitada para la toma de cualquiera de las anteriores decisiones.

La Ley catalana regula la DVA en su artículo 8, donde autoriza la designación de un representante del otorgante como interlocutor con el equipo médico para los casos en los que el otorgante no pueda expresar su voluntad.

Se admite tanto la forma notarial, como el documento privado, pero en este supuesto exige la intervención de tres testigos. Señala como límites a su contenido las previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica. Y exige que se entregue la DVA al centro sanitario donde el otorgante sea atendido para su incorporación a la historia clínica del paciente.

Para el Proyecto de Ley vasca la DVA tiene por finalidad la expresión de los objetivos vitales y valores personales del paciente para ayudar a interpretar las instrucciones y servir de orientación para la toma de decisiones clínicas. Se tendrán por no puestas las indicaciones que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o contraindicadas para el proceso padecido por el otorgante.

5. Contenido

Requisitos personales: puede otorgar la DVA cualquier persona, mayor de edad, que tenga capacidad legal para obligarse y se encuentre en el ejercicio de sus derechos, es decir, capaz de gobernarse a sí misma.

Requisitos reales: el contenido de la DVA se refiere a las instrucciones dirigidas al equipo médico referidas a la prestación del consentimiento informado que debe obtenerse del paciente antes de cualquier intervención médica. Pero queda reducido su ámbito de actuación a los supuestos en los que el otorgante no pueda expresar por sí mismo su consentimiento. Es decir, la DVA tiene carácter subsidiario de la prestación de consentimiento actual.

En este sentido, y visto lo dicho hasta ahora, se puede entender que el contenido propio de la DVA versará sobre los cuidados médicos, tratamientos quirúrgicos, administración de medicamentos y calmantes, evitación del llamado “ensañamiento terapéutico”, solicitud de atenciones familiares o religiosas, donación de órganos, disposición del propio cadáver para fines médicos o biológicos, etc.

Por el contrario, no deberá contener declaraciones contrarias a la ley tales como la asistencia al suicidio, la solicitud de eutanasia propia o activa o la solicitud de prácticas médicas o clínicas no permitidas por la deontología médica o contrarias a la moral o la conciencia del médico que le pueda asistir.

6. Efectos

Los efectos que puede producir la DVA serán de tres tipos:

1. En primer lugar, preventivo. Se trata de formar y dejar constancia de una voluntad existente para un supuesto de emergencia que se prevé como posible. Se trata de anticipar el consentimiento informado que siempre es exigible ante cualquier intervención médica de entidad.

2. Subsidiario: la DVA siempre tendrá eficacia dependiente o subsidiaria del consentimiento informado de presente si éste existe. Este consentimiento actual será preferente y, a la vez, revocatorio de cualquier DVA anterior del mismo otorgante.

3. Preferente: al consentimiento o autorización prestado por cualquier tercero. Ya se irroque una representación de hecho como pariente, allegado o curador; ya actúe como representante del paciente si esto fuera posible en la medida que luego se verá.

Así pues, el orden de prelación sería el siguiente: primero el consen-

timiento informado prestado por el propio paciente. En defecto del mismo, las indicaciones contenidas en su DVA. Y en defecto de los dos anteriores, el consentimiento concedido por el representante de derecho o de hecho del paciente.

7. Forma

Puesto que se está ante la previsión de la propia muerte y se trata de una declaración de voluntad que debe reunir la solemnidad correspondiente a esta circunstancia, parece que la forma adecuada debería ser la testamentaria.

Puesto que el testamento es secreto debería contener una autorización al notario autorizante para expedir copias parciales de la cláusula relativa a esta declaración.

Sin embargo, cabe pensar que el testamento no es el instrumento más adecuado a la finalidad perseguida. De un lado, los efectos de esta declaración no son *mortis causa*, sino *inter vivos*. Por otro lado, no tiene contenido patrimonial ni hace relación a la herencia del otorgante.

De los instrumentos notariales se debe elegir la escritura pública como verdadero documento que recoge una declaración de voluntad. Se debe desechar el acta porque se refiere a los hechos y no a la declaración de voluntad que es el objeto de la materia que se trata.

La Ley catalana admite también el documento privado con tres testigos y el Proyecto de Ley vasca admite también su formalización ante un funcionario público encargado del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas que pretende crear y un testigo.

En estos casos, se puede criticar lo siguiente:

a) Que no se prevea la protocolización del documento privado con el fin de asegurar su conservación y custodia.

b) Que no se dé un tratamiento excepcional al documento privado, carente de garantías legales y de un mínimo control de los requisitos legales.

c) Que no se establezca la preferencia por el documento público notarial –escritura pública– que sintetiza todos los beneficios legales de la documentación pública y la experiencia profesional contrastada en la práctica diaria.

d) Que se prescinda del protocolo notarial como archivo público específico de documentos y de la regulación del mismo en lo referente a las posteriores revocaciones, modificaciones, ampliaciones, notificaciones, y demás incidencias documentales que por ignoradas no dejarán de sobrevenir.

e) Fomentar el documento notarial supone añadir al documento el asesoramiento y la asistencia del notario, además de la imparcialidad del mismo y rodear la formación y nacimiento de la voluntad de unas circunstancias de serenidad y libertad de expresión que siempre serán de mejor condición que las realizadas en una sala de hospital en los momentos previos a una intervención médica.

Por estas y otras razones se puede sostener la preferencia de la escritura pública como documento hábil para contener la DVA. Excelencia que si el legislador no quiere reconocer, al ser un resultado evidente y práctico sí se debe aconsejar al otorgante que acuda solicitando información y amparo.

8. Archivo de voluntades anticipadas (AVAN)

Sin embargo, el funcionamiento del sistema documental todavía se puede perfeccionar centralizando y unificando la información requerida por los centros sanitarios con el fin de ofrecer una respuesta rápida y eficaz al requerimiento de información sobre la existencia o no de una DVA relativa a un paciente ingresado.

Esto hace pensar en la conveniencia de organizar un archivo oficial y central de estas declaraciones que debe permitir:

1. Archivar el hecho de haber formalizado la declaración y el protocolo donde se encuentra el original –matriz– del mismo.
2. Unificar o concentrar la información suministrada para facilitar la búsqueda en sencillez y en rapidez.
3. Autorizar la comunicación tanto del archivo de la declaración, como del contenido de dicha declaración respecto de persona o institución con interés legítimo en conocerla –por ejemplo, los parientes, centros médicos, bancos de órganos, etc.
4. Asegurar la confidencialidad de los datos archivados, pero no sin perjuicio de resultar ineficaz el mismo archivo. Habrá que ponderar posibles autorizaciones, niveles de comunicación, tipificar situaciones de urgencia, etc.

9. Apoderamiento

Esta DVA es personal, libre y espontánea, al igual que cualquier otra declaración con eficacia jurídica. El supuesto normal de que se trata se basa en la declaración realizada por el propio interesado. Sin embargo, ¿cabe pensar en la posibilidad de delegar, autorizar o apoderar a un ter-

cero para emitir esta declaración en nombre del interesado y en el momento en que éste no pueda realizarla por sí mismo?

El apoderamiento tendría como contenido no el de prestar una cosa o servicio por cuenta y encargo del mandante, sino el de decidir o regir sobre su salud. No tiene por objeto la administración o disposición de bienes y servicios patrimoniales. Pero hay que admitir que, por definición, la DVA siempre surtirá efecto precisamente cuando el interesado no pueda decidir por sí mismo, caso contrario decidiría él en persona modificando, suprimiendo o ratificando su declaración anterior.

Luego, si la DVA surte efecto en situación de incapacidad transitoria del interesado, pero bastando para su eficacia que en el momento de otorgarla fuera capaz el declarante, ¿por qué no puede suceder lo mismo con el apoderamiento realizado en las mismas circunstancias?

La cuestión se centra en la posibilidad de otorgar un poder que no tenga todavía su fundamento en una relación previa, es decir, que se otorgue con carácter preventivo o *ad cautelam* en previsión de que el poderdante se encuentre en una situación de incapacidad más o menos duradera o, incluso, definitiva, pero prevista como posible.

La mayoría de la doctrina está conforme en considerar que la incapacitación del poderdante es causa de extinción del mandato porque al quedar privado el poderdante, por causa de su incapacitación, de la posibilidad de revocar el poder, la adecuada protección de sus intereses implica la extinción automática del poder.

Para que el negocio representativo sea válido es preciso que el poderdante goce de la capacidad concreta para realizarlo en el momento en que el apoderado lo concluye en su nombre, en esto se diferencia la representación voluntaria de la legal.

Sin embargo, la utilidad práctica de los apoderamientos preventivos para el caso que se trata es evidente. Si la causa de la previsible incapacidad se ha previsto expresamente en el documento parece que se debería mantener la validez del mismo, salvo perjuicio del poderdante. Se estaría en una especie de *tertium genus* a caballo entre la representación legal y la voluntaria.

De otra parte, no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico la gestión de asuntos de terceros una vez ocurrido su fallecimiento. Tal es el caso de los herederos de confianza, las actuaciones de los comisarios, la partición del comisario, la distribución de la herencia, y los supuestos de *fiducia testamentaria* que se pueden encontrar. En todos ellos, se refiere a una situación patrimonial, pero ya irreversible.

Las leyes y proyectos que abordan esta cuestión la admiten como derivada de la práctica habitual, por otra parte, necesaria. En la situación de prestación del consentimiento informado, ante la incapacidad del pa-

ciente, se debe recabar de sus personas allegadas que se constituyen de hecho en curadores o asistentes de su persona. Normalmente éstos serán los familiares más allegados. Otras veces, los allegados no familiares. Otras, la institución que lo acoge.

¿Qué perjuicio existiría si de entre todos los posibles el propio interesado eligiera a uno de ellos? Actuaría como una delegación, como la declaración de confianza. Pero, eso sí, en todo caso, con las mismas limitaciones que la propia DVA debe tener y se han señalado.

10. Crítica

Con todo, la DVA tiene sus riesgos y hasta su posible inutilidad:

1. La DVA necesariamente habrá de estar redactada en términos generales. Por un lado, porque si se refiere a determinado tratamiento puede resultar que al tiempo de su aplicación aquel tratamiento haya quedado anticuado o en desuso. De otro lado, los medios extraordinarios de hoy dentro de unos años pueden ser medios ordinarios, comprobados y seguros.

2. Si las instrucciones son generales no podrán ir más allá de lo comúnmente admitido en Derecho y en Medicina. La cuestión es determinar en cada caso dónde acaba el tratamiento y dónde empieza el ensañamiento terapéutico. Esto le compete al médico que además es el profesional cualificado para poder tomar decisiones. El problema es que si existe una DVA y tiene efectos legales, sobre todo contra el médico por no adecuarse a la misma, ¿quién realizará la interpretación de la DVA?

3. La DVA es una buena idea en teoría, pero cabe pensar si, en el mejor de los casos, no es más que un legalismo que prescribe lo que ya está mandado y se practica por sentido común y deontología profesional.

11. Formulario

Un modelo de cláusula de DVA elaborado por GAZTAMBIDE es el siguiente:

Dispone y ordena el compareciente y lo expresa ante el Notario (y los testigos aquí presentes) lo siguiente: "Es mi deseo claro y determinado, que llegado el momento en que no pueda expresar mi voluntad, por estar sumido en una enfermedad o condición terminal de vida, o sea, estar en una condición crítica irrecuperable de salud, certificada así por dos o más médicos, uno de los cuales deberá ser mi médico de cabecera, que me hayan examinado y determinado que mis heridas, enfermedad, mal o pa-

decimiento es o son incurables y terminales; que entonces es mi voluntad y mandato expreso y deliberado, a todos los efectos legales y morales, a los médicos, al hospital o casa de salud en que esté recluido, a mi cónyuge y parientes, a los sacerdotes y consejeros religiosos: que el proceso de mi muerte no se me prolongue por métodos artificiales ni se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios, o sea, que no se me mantenga vivo artificialmente por el uso de tubos nasogástricos u otros medios artificiales para alimentación e hidratación, respiración mecánica, y resucitación cardiopulmonar, si el único efecto de éstos será la prolongación de mi agonía y sufrimiento durante el proceso de morir. Deseo que solamente se me apliquen los tratamientos adecuados para paliar mis sufrimientos y se me suministre ayuda para poder dejar de existir en paz, según el dictamen de la naturaleza, en la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristina. Dios se encargará de disponer el desenlace. A ustedes que me acompañen en este último acto de mi vida les pido que no tengan sentimientos de culpa por el resultado que pueda tener el seguir mi voluntad, pues me estarán complaciendo al cumplir mis instrucciones”.

Otra fórmula que me permito proponer sería la siguiente:

Otorga:

Que llegado el momento en que se encuentre en situación de incapacidad transitoria para consentir la intervención y cuidados médicos que el equipo sanitario que le atienda estime oportunos realizar, formaliza las siguientes declaraciones que han de servir de interpretación de su voluntad:

1) Desea que se realicen todas las actuaciones e intervenciones médicas necesarias para obtener su previsible curación y recuperación de la salud.

2) Desea que no se le apliquen medios extraordinarios, según el tiempo y el lugar en donde se encuentre, evitando el llamado “ensañamiento terapéutico”.

3) Acepta la vida y la muerte propias conforme disponga la Providencia.

4) Desea expresamente que no se le practique la eutanasia activa, y que no se le provoque la muerte ni tan siquiera por compasión, y pide que se deje transcurrir la vida hasta que de modo natural y espontáneo llegue la propia muerte.

5) Desea que en sus últimos momentos de vida se le haga saber esta circunstancia y se le facilite la asistencia religiosa necesaria para prepararse adecuadamente ante su muerte.

6) Autoriza la disposición de cuantos órganos propios sea posible

con fines de trasplantes médicos en otros pacientes y para la investigación médica y biomédica.

7) *Deja a la voluntad de sus herederos todo lo relativo a su entierro y funerales, si bien, desea que se realice de forma sencilla y sin resultar gravoso para nadie.*

8) *(En su caso) Desea que se incinere su cadáver y que sus cenizas reciban cristiana sepultura.*

9) *Autoriza al Notario ante quien otorga esta declaración y asimismo a los archiveros encargados de su registro a comunicar su contenido, sin ninguna limitación, a cuantas personas, entidades o corporaciones estimen oportuno para la mayor eficacia de la misma.*

10) *Designa a DON... como su representante para actuar si fuera necesario en su nombre y representación, concediéndole plenas facultades de interpretación, aplicación y defensa de esta declaración, así como, facultades para prestar en su nombre el consentimiento informado que exigieran las autoridades sanitarias, si bien, dentro de los límites establecidos en la presente declaración a cuyo contenido deberá someterse.*

Bibliografía

1. GAZTAMBIDE GÓMEZ, José R., "El testamento vital y la muerte con dignidad". *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, octubre 1994, número 166, p. 2141.
2. *Proyecto de Ley de las voluntades anticipadas en el ámbito de la Sanidad del País Vasco*. Departamento de Sanidad, Viceconsejería de Desarrollo y Cooperación Sanitaria, Dirección de Régimen Jurídico. Febrero de 2002.
3. MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel-Ángel, "Apoderamientos preventivos y autotutela". *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, Madrid, 2000, pp. 115 y ss.
4. Encíclica "*Evangelium vitae*", JUAN PABLO II, 25 de marzo de 1995, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana.
5. *Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derecho de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente y a la documentación clínica*, del Departamento de la Presidencia de Cataluña (BOE 29/2001, de 2 de febrero).
6. *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, suscrito el día 4 de abril de 1997, en vigor en España desde el día 1 de enero de 2000.
7. *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*.

**DECLARACIÓN DE NULIDAD DE SUBASTAS
NOTARIALES PARA ENAJENACIÓN DE ACCIONES
DE SOCIEDAD ANÓNIMA PIGNORADAS**

**Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo
de fecha 21 de noviembre de 2000**

SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA
Catedrático de Derecho Procesal
Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo

Civil

Sentencia de 21-11-2000 TS (Sala 1.ª)

Ponente: D. P. G. P.

En la Villa de Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de mayor cuantía; seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 51 de los de Madrid, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso ha sido interpuesto por la entidad mercantil Compañía Mobiliaria, SA, representada por la Procuradora de los Tribunales doña M. J. G. D.; siendo parte recurrida la entidad mercantil Banco Español de Crédito, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don C. I. C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— 1.—La Procuradora de los Tribunales doña M. J. G. D., en nombre y representación de Compañía Mobiliaria, SA, formuló demanda de mayor Cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia número 51 de los de Madrid, sobre reclamación de nulidad de subastas y adjudicaciones por fraude a la ley o subsidiariamente en reclamación de cantidad, contra el Banco Español de Crédito, SA (BANESTO), en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: “a) Decretar la nulidad de las Subastas y sus Adjudicaciones, b) Declarar resuelto el Título por el que Banesto, se apropió de las acciones en litigio; c) Se condene a Banesto a entregar todas las acciones a Compañía Mobiliaria, SA, que se le adjudicaron en tales Subastas. d) Subsidiariamente, si no se pueden entregar las acciones, se condene a Banesto a pagar a Compañía Mobiliaria, la cantidad de 575.092.397 ptas. (*quinientos setenta y cinco millones noventa y dos mil trescientas noventa y siete pesetas*) (menos lo que puedan justificar, si lo hicieran, de gastos, intereses, cantidades de restos entregados a la actora); e) Asimismo y en concepto de indemnización, se condene al demandado a abonar al actor los intereses legales de dicha suma desde el día 24 de julio de 1992 y f) Se condene al demandado a pagar los gastos y costas resultantes del presente juicio”.

2.—Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos el Procurador don E. G. G., en nombre y representación de la entidad bancaria Banco Español de Crédito, SA, quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes al caso, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que “se absuelva a mi representada de todos los pedimentos contenidos en la demanda interpuesta por la Sociedad Compañía Mobiliaria, SA, con la expresa imposición de costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe al pleitear”. Por otrosí dijo: “En relación con la medida cautelar solicitada, esta parte tiene que manifestar que antes de la fecha de la interposición de la referida demanda, se procedió a la venta de las acciones a que se hace mención en el referido procedimiento, venta que no obstante, se realizó por el mismo precio que el Banco Español de Crédito, SA, obtuvo al ejecutar las subastas públicas celebradas con el fin de cubrir la deuda total que se mantenía en esta Entidad Bancaria, y no con el fin de lucro manifestado por la actora, como ya ha quedado suficientemente demostrado. Repetir en este caso que la venta se efectuó a la Sociedad Bheer en Beleggingsmaatschappij Deepbredge, BV por un importe de 1.146.980.280 ptas. que era el mismo al 24 de julio de 1992”.

3.—Dado traslado de la oposición del demandado se dio traslado a la parte actora para la correspondiente réplica, seguida posteriormente del trámite de duplica efectuado por la parte demandada.

4.—Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 51 de los de Madrid, dictó sentencia en fecha 24 de mayo de 1995, cuyo *fallo*, es como sigue: “Debo estimar y estimo la demanda formulada por la Procuradora doña M. J. G. D., en

nombre y representación de Compañía Mobiliaria, SA, contra el Banco Español de Crédito, SA, condenando a la entidad demandada a que abone al actor la cantidad de 506.283.470 ptas., que se incrementará en su interés legal desde el 4 de septiembre de 1992, con expresa imposición a la demandada de las costas procesales”.

SEGUNDO.— Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación procesal de la parte demandada, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en fecha 20 de enero de 1997, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “*Fallamos:* Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Banco Español de Crédito, SA, contra la sentencia dictada con fecha 24 de mayo de 1995 en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de los de Madrid bajo el núm. 887/1992, debemos *revocar y revocamos* dicha sentencia, y desestimar en su integridad, como desestimamos la demanda interpuesta por la representación procesal de la entidad Compañía Mobiliaria, SA, contra la ahora apelante; asimismo, debemos condenar y condenamos a la demandante, Compañía Mobiliaria, SA, al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer expresa imposición de las de este recurso”.

TERCERO.— 1.— La Procuradora de los Tribunales doña M. J. G. D., en nombre y representación de “Compañía Mobiliaria, SA”, interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, con apoyo en los siguientes motivos:

I.— Al amparo del número 4.º del art. 1872 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impugnan los errores de Derecho en la apreciación de la prueba, por parte de la Sentencia recurrida, al declarar que se incumplieron los requisitos exigidos por el art. 1872 del Código Civil, en relación con el art. 1482 de la LECiv, párrafo 2.º, para que el acreedor pueda hacerse dueño de la prenda, desconociendo las reglas de la lógica que deben gobernar el juicio jurisdiccional.

II.— Basado en el núm. 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciamos la infracción en la sentencia recurrida del art. 4, apartado 1, del Código Civil, y la importante jurisprudencia por falta de aplicación, así como la infracción del art. 1782 del Código Civil.

III.— En base al núm. 4.º del art. 1962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciamos la existencia de un pacto comisorio en este caso, así como la infracción de los arts. 1859 y 1872 del Código Civil, el primero por falta de aplicación y el segundo por aplicación indebida, con infracción de la siguiente jurisprudencia: Sentencias de 19 de febrero 1901, 3 noviembre 1902... (entre otras)”.

2.— Admitido el recurso por auto de fecha 15 de julio de 1997, se entregó copia del escrito a la representación del recurrido, conforme a lo establecido en el art. 1710.2 de la LECiv, para que en el plazo de veinte días pudiera impugnarlo.

3.— El Procurador de los Tribunales don C. I. C., en nombre y representación de la entidad Banco Español de Crédito, SA, presentó escrito impugnando el recurso de casación interpuesto de contrario.

4.- Al no haberse solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. P. G. P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— En la demanda inicial de los autos de juicio declarativo de mayor cuantía de que trae causa este recurso de casación, formulada por Compañía Mobiliaria, SA, contra Banco Español de Crédito, SA (BANESTO), se solicita se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: a) Decretar la nulidad de las subastas y sus adjudicaciones. b) Declarar resuelto el título por el que Banesto se apropió de las acciones en litigio. c) Se condene a Banesto a entregar todas las acciones a Compañía Mobiliaria, SA, que se le adjudicaron en tales subastas. d) Subsidiariamente, si no se pueden entregar las acciones, se condene a Banesto a pagar a Compañía Mobiliaria, la cantidad de 575.092.397 ptas. (quinientos setenta y cinco millones noventa y dos mil trescientas noventa y siete pesetas) (menos lo que puedan justificar, si lo hicieran, gastos, intereses, cantidades de restos entregados a la actora); e) Asimismo y en concepto de indemnización, se condene al demandado a abonar al actor los intereses legales de dicha suma desde el día 24 de julio de 1992 y f) Se condene al demandado a pagar todos los gastos y costas resultantes del presente juicio.

El Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda y condenando a Banco Español de Crédito, SA, a que abonase al actor la cantidad de 506.283.470 pesetas más el interés legal desde el 4 de septiembre de 1992. Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia revocatoria de la de primera instancia y desestimó la demanda.

La sentencia recurrida en casación recoge en el fundamento de derecho primero los siguientes antecedentes que, no obstante su extensión, se hace preciso reproducir: “1.º) Con fecha 29 de noviembre de 1990, la entidad de crédito demandada, y ahora apelante, Banco Español de Crédito SA (BANESTO) suscribió póliza de crédito personal con intervención de Corredor de Comercio Colegiado, en favor de Viajes Meliá, SA, por importe de 350 millones de pesetas y vencimiento final el día 29 de noviembre de 1991 hecho reconocido por las dos partes en este proceso; consta fotocopia legitimada de dicha póliza unida al Acta de enajenación de prenda autorizada por el Notario don G. B. L., documento núm. 3 de los aportados con la demanda (folios 65 y 66). El 27 de febrero de 1991, BANESTO y Compañía Mobiliaria, SA, suscribieron póliza de contrato mercantil de prenda, intervenida también por Corredor de Comercio Colegiado, en cuya virtud Compañía Mobiliaria asumía la condición de garante de las obligaciones derivadas de una serie de operaciones crediticias efectuadas por BANESTO en favor de la sociedad Viajes Meliá, operaciones entre las que se encontraba el crédito personal de 350 millones de pesetas a que antes se hizo referencia. La garantía establecida en este contrato consistía en la constitución

en favor de BANESTO de un derecho real de prenda sobre acciones de la sociedad anónima Renta Inmobiliaria, títulos que eran propiedad de la fiadora y que se encontraban previamente depositados en el Banco acreedor (hecho reconocido por los litigantes; consta fotocopia legitimada de dicha póliza unida al Acta de enajenación de prenda antes citada, documento núm. 3 de los presentados con la demanda, folios 66, vuelto, 67 y 68). Dicha garantía se hizo extensiva a los documentos de papel comercial que, con posterioridad a la fecha de formalización de la mencionada póliza de contrato de prenda, efectuara BANESTO a Viajes Meliá hasta un límite de 200 millones de pesetas (hecho afirmado por la demandada sobre el que no ha recaído *negación expresa de la demandante*, documento núm. 4 de los aportados con la contestación a la demanda, folio 251).

2.º) Con fecha 10 de octubre de 1991, BANESTO suscribió póliza personal, intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, en favor de la demandante (ahora apelada) Compañía Mobiliaria, SA, por importe de 500 millones de pesetas y vencimiento final el día 10 de abril de 1992. Como condición particular de dicha póliza, la sociedad acreditada constituyó garantía pignoratitia sobre acciones de la mercantil Renta Inmobiliaria, SA, de las que el deudor era titular y que se encontraban previamente depositadas en el propio Banco. En dicha condición particular se prevé además que «la acreditada faculta expresamente al Banco sin limitación para que llegado el vencimiento de la operación y en cualquier momento posterior, venda los valores en garantía, sin previo aviso a la misma, ni otro requisito que el de la intervención de Agente Colegiado, aplicando su importe al pago de los gastos que origine esta operación y a la cancelación hasta donde alcance el saldo deudor de la cuenta» (hecho documentalmente probado, pese a que el representante de la demandante negó, en confesión judicial, la existencia de la referida convención particular, consta fotocopia legitimada de la póliza referida unida al Acta de enajenación de prenda autorizada por el Notario don G. B. L., núm. 2076 del año 1992, documento núm. 2 de los aportados con la demanda, folios 29 a 44).

3.º) En la fecha de sus respectivos vencimientos, los créditos no fueron atendidos por los referidos deudores (hecho no controvertido, afirmado tanto en la demanda como en la contestación).

4.º) El día 10 de julio de 1992, mediante acta autorizada por el Notario don G. B. L. (Núm... de su protocolo, documento núm. 4 de los presentados con la contestación a la demanda, folios 249 a 259), BANESTO procede a reclamar a Viajes Meliá, como deudora, y a Compañía Mobiliaria, como fiadora y propietaria de las acciones objeto de la prenda, el pago de las cantidades adeudadas por un importe total de 515.162.333 pesetas (cantidad que resulta de las correspondientes liquidaciones practicadas por BANESTO e intervenidas por Corredores de Comercio Colegiados, las cuales constan a los folios 253 a 256), como actuación previa a la celebración de subasta pública notarial de enajenación de la prenda constituida por la fiadora en garantía de su crédito. Mediante dicho requerimiento de pago se pretendía además cumplir con el requisito de notificación del saldo deudor a los efectos previstos en el art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El día 13 de julio de 1992, mediante acta autorizada por el mismo Notario (núm... de su protocolo, documento núm. 5 de los presentados con la contestación a la demanda, folios 262 a 269), BANESTO reclama a Compañía Mobiliaria, como deudo-

ra, el pago de las cantidades debidas por un importe total de 563.009.020 pesetas (cantidad resultante de la liquidación practicada por BANESTO e intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, folio 266), como actuación previa a la subasta pública notarial de enajenación de la prenda de acciones constituida por el propio deudor en garantía de su crédito. También en este caso, con dicho requerimiento pretende darse cumplimiento al requisito de notificación del saldo deudor a los efectos previstos en el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ambos requerimientos se concedió un plazo de dos días hábiles a contar desde la notificación para que los requeridos pudiesen satisfacer las cantidades adecuadas. Las correspondientes notificaciones fueron efectuadas por el Notario el día 14 de julio de 1992 mediante la entrega de las cédulas de requerimiento a doña E. M. S. C., quien manifestó ser empleada de la asesoría jurídica de Viajes Meliá, recibiendo ésta tanto el requerimiento dirigido a dicha sociedad como el dirigido a Compañía Mobiliaria (hechos reconocidos por ambas partes; constan las correspondientes diligencias notariales en los folios 258 y 267, vuelto). 5.º) El día 20 de julio de 1992, el acreedor pignoritario, BANESTO, requiere al Notario don G. B. L. para que proceda a la enajenación de las acciones pignoradas a su favor en garantía de los dos créditos a los que se ha hecho mención. El Notario acepta el requerimiento y establece las bases por las que habrán de regirse las correspondientes subastas. Entre otras previsiones, se establece en dichas bases que se citará para las subastas al deudor y al dueño de la prenda y que se anunciarán las mismas en el diario "Marca" de Madrid, no señalándose restricciones en cuanto a la concurrencia de licitadores extraños. Se establece también un precio de salida de 800 pesetas por acción (en junto, 551.760.000 pesetas) para la subasta de las acciones con las que se aseguró el crédito del acreedor frente a Viajes Meliá afianzado por Compañía Mobiliaria, así como un precio de salida de 850 pesetas por acción (en junto, 537.974.350 pesetas) para la subasta relativa a las acciones que garantizan el crédito del acreedor frente a Compañía Mobiliaria. En ambos casos, el valor de la acción se obtuvo mediante la división del importe nominal de la deuda por el número de acciones pignoradas (hechos indiscutidos, Actas notariales de enajenación de prenda, documentos núms. 2 y 3 de los aportados con la demanda). En el momento en que el acreedor requiere al Notario para que proceda a la enajenación de la prenda, las acciones de Renta Inmobiliaria no estaban admitidas a cotización en un mercado secundario oficial (hecho no controvertido). 6.º) El día 22 de julio de 1992 quedan impuestos como certificados con acuse de recibo en las oficinas de correos sobres cerrados dirigidos, por una parte a Compañía Mobiliaria, y por otra, tanto a Compañía Mobiliaria como a Viajes Meliá, en los que se contienen el texto del anuncio de las subastas, testimoniado por el Notario, para que sirvan de citación a los deudores y al dueño de la prenda. El mismo día se reciben en las oficinas de la Notaría los avisos de recepción de dichos certificados, en los que constan firmas y rúbricas en los lugares reservados a los destinatarios (hechos documentalmente acreditados; constan los resguardos postales unidos a las Actas notariales de enajenación, folios 295, 296 y 317). 7.º) El 23 de julio de 1992 se publicó el Edicto de la subasta en el diario "Marca" de Madrid (hecho documentalmente probado, constan fotocopias legitimadas notarialmente unidas a las

Actas de enajenación, folios 50, vuelto y 78, vuelto). 8.º) El 24 de julio de 1992, siendo las nueve horas y ocho minutos, se inicia el acto de subasta de las acciones pignoradas por Compañía Mobiliaria en garantía de las obligaciones asumidas por Viajes Meliá como deudora principal, con la asistencia de los representantes legales de Viajes Meliá, Compañía Mobiliaria y BANESTO. Los representantes del deudor y del dueño de la prenda hacen entrega al Notario de sendos escritos en los que se oponen a la celebración de la subasta, manifestando su intención de impugnarla. Procediéndose, no obstante, a la práctica de la subasta, el representante de BANESTO, único licitador, constituye fianza por importe del uno por ciento del precio de salida y, una vez constituida, puja ofreciendo 805 pesetas por acción (en junto, 555.208.500 pesetas), siendo adjudicadas a BANESTO, como mejor postor, las acciones subastadas. El mismo día 24 de julio, siendo las diez horas y seis minutos, se inicia el acto de subasta de las acciones pignoradas por Compañía Mobiliaria en garantía del cumplimiento de sus propias obligaciones como deudora, con la asistencia de los representantes legales de Compañía Mobiliaria y de BANESTO. El representante de Compañía Mobiliaria hace entrega al Notario de un escrito en el que se opone a la celebración de esta segunda subasta, manifestando también su intención de impugnarla. Procediéndose, no obstante, a la práctica de la subasta, el representante de BANESTO, único licitador, constituye fianza por importe del uno por ciento del precio de salida y, una vez constituida, puja ofreciendo 935 pesetas por acción (en junto, 591.771.780 pesetas), siendo también adjudicadas a BANESTO, como mejor postor, las acciones subastadas (actas de enajenación de prenda núms. 2075 y 2076 autorizadas por el Notario don G. B. L., documentos núms. 2 y 3 de los aportados con la demanda). 9.º) El día 27 de julio tiene lugar el pago de las cantidades correspondientes a la diferencia entre el precio de remate de cada una de las subastas y las cantidades constituidas en su momento como fianza, produciéndose definitivamente la transferencia de la propiedad de las acciones a BANESTO (las correspondientes diligencias notariales figuran unidas a las Actas de enajenación, folios 54, 55, 83 y 84). 10.º) El 29 de julio de 1992, BANESTO entrega al Notario liquidaciones correspondientes a las deudas garantizadas, resultando que la deuda correspondiente a Viajes Meliá, respecto a la que Compañía Mobiliaria, salió fiadora, ascendía, en la fecha de celebración de la subasta, a la cantidad de 555.208.500 pesetas, comprendiendo capital e intereses, en tanto que la deuda correspondiente a Compañía Mobiliaria ascendía, en esa misma fecha, a la cantidad de 591.771.780 pesetas, comprendiendo también capital e intereses (diligencias notariales unidas a las Actas de enajenación, folios 56, 57, 85 y 86). 11.º) El 4 de septiembre de 1992, BANESTO vendió a la entidad mercantil holandesa Beheer en Beleggingsmaatschappij Deepbridge BV las acciones que les fueron adjudicadas en las dos subastas antes mencionadas, al precio de 867,2090925 pesetas por acción, en junto, 1.146.980.285 pesetas (hecho acreditado por la correspondiente póliza de operaciones al contado, suscrita por Sociedad de Valores, documento núm. 11 de los aportados con la contestación a la demanda, folios 320 y 321). 12.º) Con fechas 20, 21 y 22 de septiembre de 1992, distintos diarios de difusión nacional (ABC, Expansión y El País, respectivamente) publicaron anuncio de oferta de compra de sus propias acciones for-

mulada por el Consejo de Administración de Renta Inmobiliaria, al precio de 1.250 pesetas por acción y hasta un máximo del 10% del capital social de la citada sociedad, oferta cuyo plazo de aceptación comenzaba el día 15 de ese mismo mes de septiembre (documentos núms. 4, 5 y 6 de los aportados con la demanda, folios 88, 89 y 90). Previamente en su reunión de 12 de junio de 1992, la Junta General de la sociedad Renta Inmobiliaria había autorizado la adquisición de sus propias acciones en autocartera por un valor nominal que no excediese del 10% del capital social, sumándose las que ya posean la sociedad y sus sociedades filiales, por un plazo de 18 meses a contar desde la celebración de la junta y a un precio mínimo del 100% y máximo igual al teórico, según el último balance aprobado, redondeado hasta 1.250 pesetas por acción (Certificación de acuerdos de la Junta General de Renta Inmobiliaria, unidas a las dos Actas de enajenación de prenda, folios 52-53 y 81-82). 13.º) Con fecha 27 de abril de 1990, fue suscrito contrato de promesa de venta entre las sociedades Beheer en Beleggingsmaatschappij Deepbridge, BV, PAN ASS, BV y Compagnie Immobiliere Phoenix, como compradores, y Meliá Internacional, NV representante de una serie de entidades entre las que se encontraba Compañía Mobiliaria, en cuanto que vendedores. En virtud de este contrato, los compradores se comprometían a comprar a los vendedores «como un todo unitario» un paquete de 19.593.404 acciones de la sociedad Renta Inmobiliaria (representativo del 76,63% de las acciones de dicha sociedad) al precio de 1.762,50 pesetas por acción. Dicho compromiso de compra habría de hacerse efectivo en el plazo de 8 días hábiles siguientes a la fecha de la exclusión de la cotización bursátil de Renta Inmobiliaria, como consecuencia de la formulación por parte de esta misma sociedad de una Oferta Pública de Adquisición de sus propias acciones (documento núm. 1 de los aportados con el escrito de réplica, folios 333 a 343)».

SEGUNDO.— Al amparo del número 4.º del art. 1692 (sin duda, por error mecanográfico se dice 1872) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “se impugnan los errores de Derecho en la apreciación de la prueba, por parte de la sentencia recurrida, al declarar se incumplieron los requisitos exigidos por el art. 1872 del Código Civil en relación con el art. 1482 de la LECiv, párrafo 2.º, para que el acreedor pueda hacerse dueño de la prenda, desconociendo las reglas de la lógica que deben gobernar el juicio jurisdiccional”.

La alegación como motivo de casación del error de derecho en la valoración de la prueba ha de tener por objeto el denunciar que a un determinado medio de prueba no se le ha reconocido el valor probatorio que la ley le reconoce o bien que se le ha atribuido una eficacia probatoria que la ley no le da, debiendo en ambos casos citarse las normas de valoración de prueba aplicables a aquella de que se trate, pero sin que ello permita proceder a un nuevo examen y valoración de la prueba en su conjunto contraponiendo a la del Tribunal de instancia la valoración subjetiva del recurrente. En el presente caso, es claro que ninguno de los dos artículos citados en el encabezamiento del motivo contienen normas de valoración de la prueba y lo que se está proponiendo a lo largo del desarrollo del motivo es que esta Sala de casación, asumiendo funciones de instancia entre a apreciar y valorar los elementos probatorios aportados a los autos,

actividad que no es propia de esta Sala. En consecuencia procede desestimar el motivo.

TERCERO.— El motivo segundo del recurso, acogido al ordinal 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del art. 4.1 del Código Civil y de la jurisprudencia que cita en su desarrollo; así como la infracción del art. 1872 del Código Civil, al no tener en cuenta para su interpretación y aplicación, la investigación analógica que en este caso se precisa. Desde el punto de vista de la llamada “analogía legis” cita la recurrente los arts. 94 y 87 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, y el procedimiento extrajudicial ejecutivo, establecido por RD 290/1992, de 27 de marzo, que se sustancia por los arts. 236 y siguientes del Reglamento Hipotecario; desde el punto de vista de la “analogía iuris” aduce las normas reguladoras de los procedimientos de ejecución hipotecaria y de ejecución procesal, arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria y 225 a 233 de su Reglamento; arts. 1482 a 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 87, reglas 3.ª, 5.ª y 6.ª, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria.

La Exposición de Motivos del Decreto 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que “no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto”; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (sentencia 20 febrero 1998); la sentencia de 18 de mayo de 1992 hace mención de su aplicación necesaria “ya que su empleo viene impuesto de manera determinada a la presente controversia, pues no obstante tratarse de una operación jurídica muy delicada que exige medida, ponderación, meditado y cuidado uso, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988, ante el problema de anomia que el tema presenta, al no ser el ordenamiento jurídico previsor, la analogía evidentemente es la técnica adecuada ante una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en los tiempos actuales”; por su parte, dice la sentencia de 10 de mayo de 1996 que “la jurisprudencia ha interpretado esta norma (se refiere al art. 4.1 del Código Civil) exigiendo para la aplicación de la analogía que exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que existe esta semejanza cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo; debiendo traducirse este principio en las siguientes circunstancias: a) que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante; b) que entre ambos se aprecie la identidad de razón; y c) que no se trate de leyes penales o de ámbito excepcional”.

Establecido en el art. 1872 del Código Civil la subasta pública, “precisamente” dice el texto legal lo que excluye cualquier otro medio, para llevar a cabo la

enajenación de los bienes dados en prenda ante el impago por el deudor de la obligación asegurada con ella, ni este texto legal ni ningún otro establece, aparte de la obligada citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso, los requisitos a que ha de ajustarse la subasta pública a celebrar ante el Notario, por lo que es indudable que nos encontramos ante un vacío legal para llenar el cual habrá de acudir a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso no regulado del art. 1782 del Código Civil.

Del examen de los preceptos reguladores de la subasta pública en los distintos textos legales, en concreto de los que se citan en el motivo, se pone de manifiesto de un lado, la existencia de un trámite previo consistente en la evaluación de los bienes que han de ser subastados y que, salvo en los casos como es el de la hipoteca en que las partes han de fijar el valor de los bienes a efectos de la ejecución, ha de ser realizada de forma objetiva tanto en beneficio del acreedor, al poderse obtener un precio suficiente para satisfacer, en todo o en parte, su crédito, como del deudor para no ver malbaratados sus bienes; de otro lado, es requisito necesario e indispensable el de la publicación de la subasta mediante los pertinentes anuncios. Es unánime la doctrina procesalista al resaltar la importancia de este requisito de la publicidad de la subasta, cuyo efecto es, como ha dicho algún autor, una "provocatio ad offerendum"; la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado. La adecuada difusión de la subasta se consigue teniendo en cuenta no sólo el medio a través del cual se publican los anuncios sino también señalando un plazo entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta, plazo que, en los textos legales, se gradúa teniendo en cuenta la naturaleza mueble o inmueble de los bienes y, en el primer caso, su importancia económica.

Anunciadas las subastas cuya nulidad se demanda el día 23 de julio de 1992 mediante su publicación en el diario Marca, que si bien tiene difusión nacional, no parece el más adecuado por su exclusiva dedicación a temas deportivos, para el anuncio y difusión de unas subastas de acciones de una sociedad anónima dedicada a actividades financieras, las subastas se celebraron el siguiente día 24, de los mismos mes y año, a las nueve horas; no se observaron, por tanto, unos mínimos plazos entre la publicación del anuncio de la subasta y su celebración, como establecen todas las normas legales citadas en el motivo, ni siquiera el de ocho días que establece el art. 1488.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de subasta de bienes muebles cuyo justiprecio no excediere de 200.000 pesetas, o el de diez días que establece la regla 4.ª del art. 92 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, no obstante haberse valorado las acciones subastadas, unilateralmente por el acreedor, en 551.760.000 pesetas, uno de los lotes, y 537.974.350 pesetas, el otro; aplicando análogicamente los dos preceptos que se acaban de citar, debe acogerse el motivo segundo que se examina y declarar la nulidad de las subastas celebradas

por vulneración del fundamental requisito de publicidad de las subastas que no puede entenderse cumplido al haber mediado entre su anuncio y la celebración un plazo cuando más, de veinticinco horas que, lógicamente, no podían desconocer el acreedor y el Notario autorizante que era a todas luces insuficiente para provocar la concurrencia de postores que hubieran podido elevar el precio ofrecido por las acciones, conculcándose así el derecho e interés del propietario de las acciones a obtener el mayor precio posible y sin que esta Sala alcance a comprender cómo esa escasísima publicidad podía proteger los legítimos derechos del ejecutante a resarcirse del crédito existente a su favor.

CUARTO.— *La estimación del segundo motivo del recurso determina, sin necesidad de entrar en el examen del tercero y último de los formulados, el acogimiento del recurso con la consiguiente casación de la sentencia recurrida.*

Recuperada por esta Sala la instancia, de acuerdo con el art. 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la estimación de la demanda declarando la nulidad de las subastas de las acciones pignoradas celebradas el día 24 de julio de 1992, ante el Notario don G. B. L., de acuerdo con lo razonado en anterior fundamento de esta resolución, asimismo, no pudiendo reintegrarse a su propietaria, la sociedad demandante, las acciones pignoradas y subastadas, por haber pasado a tercero que las adquirió en legal forma, procede condenar a Banco Español de Crédito, SA, a que abone a Compañía Mobiliaria, SA, el valor real de las acciones pignoradas que se determinará, pericialmente en ejecución de sentencia teniendo en cuenta el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de Renta Inmobiliaria, SA, de cuyo capital forman parte las acciones pignoradas, correspondientes al año 1992 y a los dos anteriores; el valor de las acciones así subastadas no podrá ser inferior al establecido para la celebración de las respectivas subastas ni exceder el de 1.250 pesetas por acción propuesto por la actora en su demanda; de la cantidad así determinada se deducirá el saldo final de los créditos existentes a favor de Banco Español de Crédito.

QUINTO.— *La estimación del recurso determina la no imposición de costas en él causadas a tenor del art. 1715.2 del recurso. En cuanto a las costas de primera instancia no procede expresa imposición, dada la estimación parcial de la demanda, a tenor del art. 523.2 de la Ley Procesal, como tampoco procede en cuanto a las costas de la apelación, de acuerdo con el art. 873 de la misma Ley.*

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y siete, que casamos y anulamos; y, con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cincuenta y uno de Madrid de fecha veinti-

cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco, debemos declarar y declaramos nulas las subastas celebradas el día veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y dos ante el Notario de Madrid don G. B. L. que tuvieron por objeto las acciones de Renta Inmobiliaria, SA, propiedad de la demandante Compañía Mobiliaria, SA, pignoradas por ésta a favor de Banco Español de Crédito, SA; y debemos condenar y condenamos a Banco Español de Crédito, SA, a abonar a Compañía Mobiliaria la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia en la forma establecida en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución. Sin hacer expresa condena en las costas de este recurso ni en las causadas en primera y segunda instancia.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de Apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la *Colección Legislativa* pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, y mandamos y firmamos. P. G. P.-F. M. C.-J. M. M.-P. R. Firmados y rubricados.

PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. P. G. P., Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

1. Síntesis del caso

Al margen de otras alegaciones del recurso y consideraciones de la sentencia, de significación menor a los efectos de este comentario, las que sustancialmente definen los términos de la impugnación contenida en aquél, y resultan determinantes del sentido de la sentencia —de estimación del recurso— son las relativas a la inobservancia del requisito de publicidad que el artículo 1.872 del Código civil impone a la subasta notarial de bienes dados en prenda, y que establece como medio único de enajenación de los mismos, para caso de impago por el deudor de la obligación garantizada con aquéllos.

En el caso, impagados en las fechas de vencimiento los dos créditos concedidos por Banesto a sus respectivos deudores, e inatendidas las subsiguientes reclamaciones de los saldos resultantes de las liquidaciones practicadas por aquél, con intervención de corredor colegiado de comercio, a efectos de obtener el pago y de dar cumplimiento al requisito del

artículo 1.435 LEC, se procede a la enajenación de las acciones dadas en prenda mediante subasta pública por ante notario.

En una de las dos pólizas de crédito figuraba una cláusula particular –negada después por el acreditado– por la que éste facultaba al banco para vender, en su caso, los valores dados en garantía sin previo aviso al mismo ni más requisito que la intervención de agente colegiado. Al margen de ello, el notario encargado de la enajenación establece las bases por las que han de regirse las correspondientes subastas disponiendo, entre ellas, la citación del deudor y del dueño de la prenda, fijando el precio de salida por acción en la cantidad resultante de dividir el nominal de la deuda por el número de acciones pignoradas, acordando la publicación del anuncio de subasta en el diario “Marca” de Madrid, y excluyendo toda restricción en cuanto a la posible participación de terceros licitadores.

Practicadas las citaciones acordadas y publicado el edicto de subasta, se celebra ésta el día siguiente de la publicación edictal, a pesar de la oposición en sendos escritos del deudor y del dueño de la prenda, quienes anuncian la impugnación de aquéllas, y con la participación, como licitador único, de Banesto, que se adjudica el total de acciones ofertadas en ambas subastas en 805 pesetas y en 935 pesetas por acción, respectivamente. Promovido después efectivamente por el dueño de la prenda juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre nulidad de las subastas, y de las adjudicaciones producidas en ellas, se dictan sentencias, estimatoria en primera instancia y desestimatoria en segunda, prosperando el recurso de casación frente a la sentencia de segunda instancia y resultando estimada en lo sustancial la demanda.

2. Régimen de las subastas públicas

El artículo 1.872 C.c. regula con parquedad la enajenación de la prenda por ante notario que dispone, para caso de impago, en favor del acreedor: “habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda, en su caso”; puede celebrarse una segunda subasta si la primera no da resultado, y, si tampoco se obtiene en ésta, puede el acreedor hacerse dueño de la prenda.

Para supuestos similares, otras normas sustantivas y procesales contienen una regulación más detallada de las subastas públicas que asimismo disponen, por más que, para la prenda sin desplazamiento de la posesión, el artículo 94 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión, incurre en la misma parquedad respecto de casos en los que los bienes pignorados están almacenados o deposita-

dos, o se limita, para los restantes, a hacer remisión a los procedimientos judiciales o al propio artículo 1.872 C.c., según que el deudor incumpla o no su obligación de entregar al acreedor la posesión de los bienes.

En el proceso judicial sumario para efectividad del crédito garantizado con prenda sin desplazamiento de la posesión, el artículo 92 de la Ley antes citada –hoy derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero– dispone que la subasta se anuncie con diez días por lo menos de anticipación a su celebración, detalla los lugares en que han de publicarse los anuncios de subasta en atención a la importancia económica de la reclamación, y también el contenido de los mismos, y opta por el sistema de pujas a la llana aunque sin permitir posturas inferiores al tipo de subasta anunciado, que es el fijado en la escritura o póliza y, en su defecto, el importe total de la reclamación. Para bienes inmuebles, Ley y Reglamento Hipotecarios contienen disposiciones coincidentes en lo sustancial.

En el procedimiento de apremio sobre bienes muebles en general, el artículo 1.488 de la LEC de 1881 impone un lapso de ocho o de veinte días entre anuncio y celebración de la subasta, según que el valor de los bienes ofertados no rebase o exceda de doscientas mil pesetas, y especifica los lugares de publicación de los edictos de subasta en función también de aquel valor.

La nueva LEC, de 2000 unifica el proceso de ejecución para todo caso, y, para el apremio de acciones y participaciones sociales que no coticen en mercado secundario, su artículo 635 se remite a las disposiciones estatutarias y legales y, en su defecto, exige la intervención de corredor o notario en la enajenación. Para el apremio de los restantes muebles, el artículo 645 exige la publicidad de la subasta en la sede del Tribunal y lugares públicos de costumbre, ampliable a medios de difusión públicos o privados a instancia de las partes o si el Tribunal lo considera conveniente, aunque incide en la omisión –que la doctrina denuncia y suple con aplicaciones analógicas– de no explicitar el lapso de tiempo que ha de mediar entre publicación y celebración, como sí hace para la subasta de bienes inmuebles.

La propia LEC de 1881, para la subasta pública, no ya del dominio, sino del mero arrendamiento de bienes pertenecientes al abintestato o a la testamentaria, contiene en los artículos 1.022 y ss. disposiciones sobre contenido de los edictos de anuncio, lugares de publicación y término de celebración a partir de la inserción del anuncio.

La relación podría completarse con otros supuestos –incluso atinentes al procedimiento administrativo– que evidencian la sumisión de toda subasta pública a unas reglas de difusión y participación públicas indefectibles.

3. Principios rectores de la subasta pública

Las disposiciones legales citadas –y otras coincidentes omitidas– son expresión de unos principios generales ínsitos en el propio mecanismo de subasta pública previsto para la enajenación –o puesta en administración– de bienes de terceros, ora en vía judicial, en virtud de la legitimación que confiere a los jueces su poder ejecutor, ora en vía extrajudicial, en ejercicio del derecho de realización que la garantía prendaria confiere al acreedor. La publicidad del mecanismo es salvaguarda de los intereses concurrentes en el caso: del acreedor, a cobrar su crédito vencido con cargo a los bienes afectados; del propietario de éstos, a que se obtenga por su venta el precio más aproximado posible al de su libre mercado; de terceros acreedores, titulares de cargas reales posteriores sobre los mismos bienes que se realizan, o aun desprovistos de tales garantías específicas, a que sus expectativas de cobro, con cargo a aquéllos o al patrimonio en general del deudor, no se frustren por causa de una realización desventajosa; de todos, a prevenir el fraude, la estafa o la falsedad procesales en la enajenación.

A tales fines, la exigencia de publicidad se concreta en un conjunto de previsiones garantistas:

1.^a Presencia de fedatario público, en cometidos de fedatación y también de mediación y dirección, con las consiguientes responsabilidades.

2.^a Fijación de un tipo de subasta, conformado a la valoración concorde de los bienes por las partes, explícita o implícita, establecido por el ejecutor en función de las valoraciones periciales obtenidas.

3.^a Anuncio de subasta en términos que garanticen la difusión de la convocatoria y del contenido de la oferta: publicación de edictos en los lugares de costumbre, boletines oficiales, y aun medios privados de comunicación, según la importancia de los bienes; identificación suficiente en ellos de los bienes ofertados y de las condiciones de su venta; titulación, cargas y situación posesoria de los bienes, al menos por vía de indicación o de remisión a registros y documentación disponible.

4.^a Celebración de la subasta en el lugar, día y hora anunciados, una vez transcurrido desde su anuncio un tiempo prudencial, que garantice la difusión –diez días es el plazo menor previsto en las distintas disposiciones legales–, con acceso, no sólo del acreedor, sino de todo interesado que haya cubierto los requisitos preestablecidos para la participación: normalmente, depósito de una cifra porcentual sobre el tipo de subasta.

Aunque el rigor de estas previsiones pueda extremarse en la realización forzosa, judicial o administrativa, son indefectibles en lo sustancial para toda subasta calificada de pública: explicitadas en su regulación es-

pecífica, a ésta ha de estarse; omitidas en ella, han de considerarse implícitas por la virtualidad de los principios generales y por la aplicación del método analógico que autoriza el artículo 4.º del C.c., y cuyos fundamentos y operatividad expone con detenimiento y acierto la presente sentencia.

No debe sorprender que la insuficiencia de normas para la subasta extrajudicial del artículo 1.872 C.c. haya de suplirse con las procesales existentes para las subastas judiciales, a pesar de su distinta naturaleza: esta diversidad se manifiesta ciertamente en varios particulares de una y otra modalidad de realización, pero no en éste, común a ambas, de la publicidad de la subasta. La nueva LEC, de 2000 es claro exponente de esta posible comunicación o relación entre actuaciones procesales y extraprocesales, al permitir que la realización de los bienes embargados en el proceso de ejecución se lleve a cabo por persona o entidad especializada: en tal caso, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad, pero en cuanto “no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado”, y, por ello mismo, de conformidad con las condiciones que determine la resolución judicial que confiere el encargo. La misma actuación del acreedor en el caso, al conformar su liquidación de los créditos exigidos a la disposición del artículo 1.435 LEC, según lo antes dicho, confirma aquella interrelación afirmada.

4. La subasta anulada por la presente sentencia

En el caso de la subasta objeto de la presente sentencia han resultado incumplidas algunas de las exigencias garantistas que acaban de predicarse de la subasta pública.

No, en cuanto a la designación de notario, aceptación del encargo por éste, establecimiento por él de las bases de la subasta, y dirección y fedatación de ésta.

Tampoco, en cuanto a la correcta fijación del tipo de subasta, que, a falta de convenio expreso de las partes al respecto, determinó el notario en función de la implícita voluntad de éstas al convenir en garantizar los créditos con un número determinado de acciones: división por éstas del nominal de la deuda.

Sí –en la estimación de la sentencia, aunque ello es cuestionable y quizá no habría resultado decisivo por sí solo, sin la suma de otros defectos, para la anulación de la subasta– a propósito de la inserción del anuncio de subasta en el diario “Marca”: su difusión es nacional y, cuantitativamente, superior a la de todo otro medio escrito de comunicación, pero,

cualitativamente, en razón de su particular temática deportiva, no resulta el más adecuado para dar publicidad a una oferta de índole financiera, como la venta de acciones del caso.

Y sí, capitalmente, en cuanto a la sola mediación de un día entre anuncio y celebración de la subasta, fuera del más elemental respeto a la aplicación analógica de las normas antes citadas, a los principios generales que informan la publicidad de las subastas, y a exigencias mínimas de lógica y prudencia: tiempo tan extremadamente corto limita –incluso excluye– la difusión del anuncio y, más, la gestión de las operaciones preparatorias mínimas que conlleva la participación en toda subasta, singularmente si es de la magnitud de la presente.

La sola participación del acreedor, la inmediata adjudicación en su favor de las acciones ofertadas en el precio por él propuesto, fuera de toda otra puja, confirman la falta de difusión; y los superiores precios obtenidos por las acciones en otras operaciones, de que la sentencia da noticia, evidencian el posible quebranto de los legítimos intereses del dueño de la prenda, por más que aquéllos –y las consiguientes posibles consecuencias antes apuntadas– no se hayan registrado en la subsiguiente venta a tercero por el banco acreedor de las acciones adquiridas por él en la subasta.

Todo ello avala el acierto de la nulidad declarada por la sentencia comentada.

“Código del Patrimonio Cultural de la Iglesia”, CORRAL, Carlos y ALDANONDO, Isabel. EDICE, Madrid, 2001.

Recientemente se ha publicado un libro que contiene una recopilación de las normas que, de una u otra manera y de uno u otro origen, se refieren al Patrimonio Cultural de la Iglesia. El libro se titula “Código del Patrimonio Cultural de la Iglesia”. Los autores son dos expertos extraordinariamente competentes no sólo en cuanto al régimen del Patrimonio Cultural de la Iglesia sino también al régimen del Patrimonio Cultural en general: el catedrático de las Universidades de Comillas y Complutense de Madrid, P. Carlos CORRAL e Isabel ALDANONDO, profesora titular de la Universidad Autónoma de Madrid. Ambos han emprendido y llevado a buen puerto la ingente tarea de recoger y ordenar todas las normas de diversísimos orígenes que se refieren, regulan o de alguna manera afectan al Patrimonio Cultural de la Iglesia. Dicho esto queda clara la importancia de la obra, ya que en España, como en muchos otros países, la presencia y proporción del Patrimonio Cultural de la Iglesia en la totalidad del Patrimonio Cultural de esos países es altísima, y en el caso español casi se puede afirmar que una gran parte de nuestro Patrimonio Cultural reúne la doble condición de Patrimonio de la Iglesia y Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico de los pueblos de España, que es el término utilizado por el artículo 46 de nuestra Constitución.

Los autores en su prólogo señalan con acierto que las normas del Estado y de las Comunidades Autónomas, y hasta las disposiciones provinciales o municipales, es decir, las normas civiles, son conocidas o cognoscibles y relativamente fáciles de encontrar, y están recogidas en libros recientes. En cambio, las normas de la Iglesia, por su distinto origen y por falta de un estudio sistemático, se olvidan, se desconocen y como consecuencia se incumplen. Y añado yo, no sólo por los particulares sino a veces por autoridades de uno u otro rango y naturaleza.

El libro tiene, por tanto, una múltiple intención; recoger esas normas, ordenarlas, colocarlas en su contexto dentro de la legislación aplicable a los bienes culturales, clasificarlas y ponerlas en relación con las normas de origen civil. Pero es, además, mucho más que puramente una recopilación de normas de origen eclesiástico. Contiene una serie de secciones, apartados o capítulos que son una gran ayuda para todos los estudiosos del Derecho o la normativa que afecta a los bienes que forman

parte del Patrimonio Cultural español. Para dar una idea de la utilidad, seriedad e importancia de la obra diremos que su PARTE PRIMERA contiene:

— Una amplia bibliografía sobre el Patrimonio Cultural de la Iglesia, dividida en a) estudios de carácter general, b) estudios que se refieren a la incidencia de las leyes civiles, tanto la ley básica de 1985 como las leyes autonómicas sobre el Patrimonio eclesiástico, c) estudios sobre normativa de pactos entre la Iglesia y el Estado o las Comunidades Autónomas, d) estudios sobre la normativa internacional que tiene consecuencias sobre el Patrimonio Cultural de la Iglesia.

— Un breve pero interesante y luminoso estudio de la elección del término Patrimonio Cultural de la Iglesia y de las clases que lo componen: monumental (en el que incluye no sólo los bienes inmuebles, sino también los muebles incorporados o no a aquéllos), documental, bibliográfico, arqueológico y etnológico.

— Un resumen de la normativa de la Iglesia aplicable a cada uno de los Patrimonios citados en el párrafo anterior.

— Una referencia a la normativa del Estado que es aplicable en virtud de lo que dispone el propio Derecho canónico, a los bienes eclesiásticos sitos en cada país.

— Una referencia a la eficacia de la normativa internacional sobre los bienes eclesiásticos, sea de carácter universal como algunas Convenciones de la UNESCO, sea de ámbito europeo como las Convenciones para la defensa del Patrimonio Arqueológico o de ámbito bilateral como los concordatos o acuerdos específicos sobre bienes de interés cultural.

Con ello termina la Parte Primera de la obra que sus autores califican como Introducción general y que proporciona al lector una visión de las concurrentes normativas de la Iglesia, del Estado y de las Comunidades, de los Tratados Internacionales múltiples y de los convenios bilaterales de la Iglesia y el Estado o las Comunidades Autónomas.

La PARTE SEGUNDA tiene la utilidad de poner al alcance de todos la normativa aplicable a los bienes del Patrimonio Cultural de la Iglesia en España. Esta parte está dividida en:

— Convenios de la Iglesia y del Estado, como son los Acuerdos de España con la Santa Sede, de los que los más importantes son los de 1979; Acuerdos Mixtos de 1980 sobre actuaciones mixtas Iglesia-Estado sobre Patrimonio Histórico-Artístico, de 1982 sobre el Inventario de los bienes de carácter histórico-artístico de la Iglesia española y de 1997 sobre el Plan Nacional de Catedrales.

— Acuerdos con las diecisiete Comunidades Autónomas con sus textos íntegros.

— Acuerdos con Diputaciones y Ayuntamientos.

Normativa de la Iglesia que comprende:

La normativa eclesiástica de carácter universal como es el Código Canónico.

La de carácter nacional como las normas de la Conferencia Episcopal Española y de la CEE.

Y la de carácter diocesano.

Pero al lado de la normativa eclesiástica sobre el Patrimonio Cultural de la Iglesia se recoge también la normativa del Estado y la normativa internacional sobre bienes culturales. En la primera se incluyen, junto a la Ley de 1985 y su Reglamento, todas las normas dictadas hasta hoy por las Comunidades Autónomas, labor de gran utilidad dada la multiplicidad y dispersión de esa normativa, excesiva a todas luces, pero que hay que tener en cuenta. En la segunda se incluyen tanto los acuerdos multilaterales de la UNESCO y del Consejo de Europa como los acuerdos o concordatos

tos bilaterales de la Santa Sede con una serie de países, fundamentalmente europeos.

Finalmente, la PARTE TERCERA comprende lo que los autores califican de Normativa Sectorial, que ocupa varios capítulos, que son:

- Las normas sobre el acceso a los bienes del Patrimonio Cultural de la Iglesia; apertura de monumentos al público, visitas turísticas, facilidad de acceso a monumentos de determinadas provincias.

- Las normas sobre archivos y bibliotecas, tanto los convenios de autoridades civiles y eclesiásticas, como las normas canónicas y las civiles.

- Las normas sobre cesiones de bienes, bien sean cesiones de uso de inmuebles, cesiones temporales de bienes muebles para exposiciones o museos públicos y utilización para fines culturales de monasterios o iglesias sin culto, para fines culturales.

- Los convenios sobre conservación y restauración de bienes eclesiásticos de interés cultural cuyo número asciende hasta ahora a noventa y siete.

- Los convenios sobre exposiciones entre entes eclesiásticos y civiles, públicos o privados, como las cajas de ahorro.

- Los convenios sobre realización de inventarios o funcionamiento de museos.

- Los convenios sobre conciertos musicales en templos, catalogación de fondos musicales y conservación y restauración de órganos históricos.

- El Plan Nacional de Catedrales, con los convenios concretos entre Consejerías y Obispos.

- Los convenios y normas sobre restauraciones y creación de escuelas o talleres de restauración.

En conjunto, la obra representa un magnífico trabajo de ordenación de normas, difíciles de encontrar y por tanto con riesgo de olvidarse o caer en desuso y cumple las funciones de una verdadera recopilación como las que precedieron a los Códigos y bien merece el nombre, más moderno, de Código que sus autores le han dado.

Pero como dije al principio, la obra no es sólo eso, sino una fuente de información muy amplia sobre el Patrimonio Cultural de la Iglesia, que es una inmensa parte del Patrimonio Cultural español. Por tanto, el conocimiento de esas normas contribuye a los fines constitucionales de “garantizar la conservación y promover el enriquecimiento”, que se logra con el conocimiento, la atención y el cuidado de esos bienes; tanto por sus propietarios, en este caso los entes eclesiásticos, como por los que los viven, usan y conservan, en este caso los eclesiásticos, los fieles y la sociedad entera cuando se trata de edificios, museos o colecciones, o iglesias abiertas al culto.

Finalmente, quiero señalar que tanto el Prólogo como la Parte Primera aportan una Bibliografía completa y actualizada de lo publicado sobre el Patrimonio Cultural de la Iglesia, y un estudio de las características de la normativa eclesiástica sobre el patrimonio mueble e inmueble que a veces es desconocida hasta por los especialistas de Derecho común.

Este desconocimiento plantea el gran tema de que el conjunto de bienes constitutivos del Patrimonio Cultural de la Iglesia en España es tan importante y tan amplio que es necesario, para cumplir los fines de conservación que impone la ley civil, buscar la cooperación mayor posible de todas las fuerzas sociales. Para que aquél no sólo se conserve, sino se conozca, se estudie y se ponga al alcance de todos los españoles, naturalmente con las debidas garantías y con respeto a los fines básicos para los que fue creado.

Los autores nos recuerdan que los templos y casas religiosas suman más de 70.000, los archivos más de 20.000 y los museos son más de 200. Y basta pensar en

las sucesivas exposiciones de “Las Edades del Hombre” y las piezas extraordinarias que salen a la luz, provenientes de pueblos pequeñísimos con unos cientos de habitantes, para darse cuenta de la importancia de ese Patrimonio custodiado por la Iglesia durante siglos, y de la necesidad de mantener la colaboración de la Iglesia, la sociedad y los poderes públicos para conservar esos bienes, sin que pierdan su valor artístico, ni el carácter y fin para el que nacieron. Para conseguirlo, es preciso mantener y adaptar a las nuevas necesidades una legislación civil y canónica que armonice los derechos e intereses tanto de las autoridades eclesiásticas como civiles, al servicio del Patrimonio Cultural español, del que una parte muy importante es simultáneamente Patrimonio de la Iglesia Católica.

José Luis Álvarez Álvarez
Notario

“Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de E. Arroyo i Ama-yuelas”, SCHULZE, R. - ZIMMERMANN, R., ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, 530 páginas.

El origen de esta obra se encuentra en la recopilación *Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, de los mismos autores, publicada en el 2000, en Alemania, por la editorial Nomos (Baden-Baden). La edición española es homónima de la anterior, y se publica igualmente, en sus lenguas respectivas, en Italia y Gran Bretaña. Creo que constituye un verdadero acierto editorial la publicación de estos textos, así como el *Estudio Preliminar* a los mismos, en un momento como el actual en el que desde los organismos comunitarios se ha pasado, de sugerir, a impulsar decididamente los trabajos de investigación para la futura unificación del Derecho Privado Europeo. El Consejo General del Notariado no ha sido ajeno a este movimiento de armonización y unificación, habiéndose publicado ya en 1996 la traducción en dos tomos del *Derecho Privado Europeo* de H. COING. Más recientemente cabe destacar el n.º 12/2001 de la revista *Escritura Pública*, sobre la justicia preventiva en el espacio jurídico europeo; o el n.º 1 monográfico de esta misma revista, dedicado a los “Sistemas de Seguridad Jurídica en Europa”; o aportaciones como la de F. J. GARCÍA MÁS, en la *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 39/2001, “Ciertas reflexiones sobre el espacio jurídico europeo y el notariado”; la de J. BOLÁS ALFONSO en el n.º 35/2000, “El papel del notariado en el espacio jurídico europeo”; o el esfuerzo editorial de la Fundación Cultural del Notariado con la reciente traducción al castellano de la obra de F. GALGANO *Atlas de Derecho Privado Comparado*.

El contenido de la documentación que se incorpora a estos *Textos Básicos* es fundamentalmente Derecho Patrimonial y se divide en tres partes: Derecho Comunitario, Derecho Uniforme y Principios Jurídicos Comunes. Dentro de la Sección dedicada al *Derecho Comunitario* se incluyen diecisiete Directivas. La coautora de la edición española aclara que en ésta se incluyen las más recientes, anticipándose a la segunda edición alemana de los *Basistexte*. Hay que destacar que no sólo se transcribe el Preámbulo y el texto de las Directivas, sino que se incluyen notas de coordinación entre las diferentes normas. Al inicio de cada uno de los textos se incorpo-

ra una llamada mediante asterisco en la que se recogen datos de suma utilidad: momento en el que finaliza el plazo de transposición de la Directiva, correspondencia que existe con otros textos como las Leyes Modelo de UNCITRAL, y, en su caso, desarrollo legislativo que ha tenido en España.

La elección de las Directivas incluidas creo que es acertada y depende en definitiva del criterio adoptado por los autores de las ediciones alemana y española, debidamente justificado: se exceptúan las materias que conforman una especialidad dentro del Derecho privado, como el Derecho societario, el Derecho laboral, la Propiedad intelectual o el Derecho de la competencia. De hecho, casi todas las Directivas incluidas aparecen recogidas en el Anexo I de la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, referido al "Acervo comunitario relevante en el ámbito del Derecho privado". No obstante, acaso hubiera sido interesante incluir alguna otra, como la Directiva 1998/27, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (lo cierto es que, aunque no se incluya, viene citada en nota previa a la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores), y ello porque básicamente en desarrollo de la misma se ha presentado un Proyecto de Ley de "Transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios" [BOCG Congreso de los Diputados, Serie A), n.º 56-1, de 16 de noviembre de 2001; las enmiendas están publicadas en el n.º 56-9, de 14 de febrero de 2002].

En todo caso, la actualización de las anotaciones ha sido sumamente cuidadosa, incluyendo las novedades más recientes, llamando la atención que se incorporen referencias muy cercanas a la fecha de aparición del libro, lo cual pone de relieve la diligencia de la autora de las notas a la edición española, y la buena disposición de la editorial a que la publicación estuviera lo más actualizada posible. Tal ocurre con la nota previa a la Directiva 1999/33, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, en la que se acompaña la dirección de Internet en la que localizar el Anteproyecto de Ley sobre firma electrónica, de 27 de diciembre de 2001. Igualmente se incluye la referencia al último Anteproyecto de Ley de comercio electrónico que, por cierto, ha sido presentado ya como Proyecto de Ley de "Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico" en el Congreso de los Diputados [BOCG, Serie A), n.º 68-1, de 22 de febrero de 2002]. No obstante lo anterior, y dado que los autores muestran su deseo de poder contar con las observaciones que los lectores podamos hacer en cuanto a los textos seleccionados, creo necesario destacar que no se incluye ningún Reglamento comunitario (directamente aplicable) sobre la materia, que acaso hubiera sido clarificador, como el Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (que entra en vigor el 31 de mayo de 2002); o el Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que entra en vigor el 1 de marzo de 2002, y sustituye para todos los Estados miembros (excepto Dinamarca) al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

La selección de textos de la Parte II, dedicada al *Derecho Uniforme*, es acertada: incluye los Convenios de UNIDROIT sobre *factoring* internacional y sobre arrendamiento financiero internacional; el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; el Convenio de La Haya de 1985, sobre ley aplicable

al *trust*; el Convenio de Naciones Unidas de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías; el Convenio de Nueva York de 1974, sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías; el Convenio de Ginebra de 1983, sobre representación en materia de compraventa internacional de mercaderías. Asimismo, incluye el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, así como los Protocolos adicionales posteriores. No obstante, en cuanto a esto último podría haberse hecho alguna alusión a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya proclamación solemne por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, tuvo lugar en Niza el 7 de diciembre de 2000 (*DOCE*, C 364, de 18 de diciembre de 2000), si bien es cierto que al carecer de valor normativo acaso no sea procedente la incorporación de su texto a esta recopilación.

La Parte III está dedicada a los *Principios Jurídicos Comunes*. Es de destacar que tanto en esta sección como en la anterior, dedicada al Derecho Uniforme, se señala adecuadamente la autoría de la traducción al castellano de los diferentes textos e, incluso, si existen otras versiones alternativas, o, en su caso, en qué lenguas se considera oficial el texto correspondiente. En este apartado de la obra se incluyen, como novedad, *traducidos al castellano*, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, Partes I y II, elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos que preside el Prof. OLE LANDO (la Parte III, pendiente de publicación, fue aprobada en la reunión de la Comisión celebrada en Copenhague entre los días 5 y 11 de febrero de 2001). Igualmente se incluyen los Principios UNIDROIT, sobre contratos comerciales internacionales y los Principios Europeos de Derecho de *Trusts*. Quizá por no tratarse propiamente de principios, no se incluyen textos como el Proyecto del *Código Europeo de Contratos* de 2000, redactado por la Academia de Privatistas Europeos (coordinado por el Prof. GANDOLFI), ni tampoco el más veterano *Contract Code* de MCGREGOR. A pesar del enorme interés de ambos, no se trata de *restatements* de principios, sino de auténticas propuestas de Códigos, en las que se formulan reglas concretas.

Esta selección de textos va precedida de un *Estudio Preliminar* de la Dra. ARROYO I AMAYUELAS, titulado “Las perspectivas de un Derecho Privado Europeo”, con un aparato bibliográfico completo y exhaustivo, en el que se incluyen las aportaciones doctrinales más recientes (algunas, recientísimas). De ahí la abundancia de referencias a autores alemanes, país en que la reforma del BGB (la Ley federal de Modernización del Derecho de Obligaciones ha entrado en vigor el 1 de enero de 2002) ha provocado una abundante literatura jurídica que ya nos había adelantado la autora en un trabajo en coautoría con el Dr. VAQUER ALOY, titulado “Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo” (*La Ley*, n.º 5482, de 14 febrero 2002), en el que se realiza un estudio en profundidad de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001. Acaso podría plantearse una objeción: hubiera sido de gran utilidad recoger alfabéticamente toda la bibliografía citada, sin que por ello se hubiera resentido la edición. En todo caso, las referencias bibliográficas están perfectamente coordinadas, señalándose expresamente en qué nota anterior se cita completo un trabajo. Por otro lado, creo que debe ponerse de relieve que la mayor parte de las aportaciones doctrinales existentes sobre la materia proceden de Alemania, Holanda e Italia, lo cual constituye una llamada de atención a los juristas españoles. Es cierto que en Alemania y Holanda se ha vivido recientemente una modificación en profundidad de sus respectivos Códigos civiles; pero ello no supone ninguna coar-

tada para los profesionales del Derecho españoles, porque no estamos hablando de una recodificación nacional, sino de la unificación del Derecho Privado Europeo, en la que todos estamos involucrados.

En este *Estudio Preliminar* la autora pone de relieve que la idea de un Derecho privado común es anterior a la Unión Europea, citando como precedentes, el Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y los Contratos de 1927, y la Propuesta de redacción de unas reglas uniformes sobre la compraventa internacional de bienes muebles, que en 1929 efectuó E. RABEL al Consejo de Dirección de UNIDROIT. A la par se destaca que la ciencia jurídica española, salvo honrosas excepciones, parece no ser todavía muy consciente de las dimensiones que va adquiriendo el fenómeno de la europeización del Derecho privado. No obstante tal afirmación, sí creo necesario resaltar la existencia de un cierto movimiento reciente en el ámbito académico: el Curso Magistral “Los Principios del Derecho Europeo de Contratos”, celebrado los días 3 a 7 de diciembre de 2001 en Santander en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; los Seminarios desarrollados en el marco del Programa *Grotius* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, los días 11, 12 y 13 de febrero, y 7, 8 y 9 de marzo de 2002, sobre “Cooperación judicial en materia civil” y “La unificación del Derecho privado en Europa”; e igualmente, el II Congreso Internacional “Bases de un Derecho Contractual Europeo”, a celebrar los días 9 y 10 de mayo de 2002 en la Facultat de Dret i Economia de la Universitat de Lleida.

La autora estudia la actual construcción de un Derecho Privado Europeo no desde el punto de vista de sus efectos, sino en cuanto a sus fuentes de producción. Por ello, aborda la creación de ese nuevo Derecho desde una triple perspectiva: legislativa, doctrinal y jurisprudencial. Desde el punto de vista de la legislación, se ponen de relieve las ventajas y desventajas de las Directivas respecto a los Reglamentos comunitarios, y se estudia la posibilidad y las dificultades de conseguir la armonización por la vía de la celebración de convenios entre los países miembros de la UE. En cuanto a la doctrina, se destaca la necesidad de crear una ciencia jurídica europea, que supere las particularidades que presentan los ordenamientos nacionales, y que identifique los rasgos comunes de las diferentes instituciones. La autora no se muestra partidaria de elaborar un Derecho europeo *ex novo*, que se imponga a los Estados miembros, sino de encontrar soluciones similares a problemas que son comunes en todos los ordenamientos. Por ello, se insiste en la conveniencia de conocer otros idiomas, y se destaca la necesidad de formar juristas en varios ordenamientos y de potenciar la investigación de los principios comunes y de la historia del Derecho Privado Europeo. Se recogen en este sentido con carácter exhaustivo todas las iniciativas existentes en la actualidad, la mayor parte de ellas de carácter académico, lo cual constituye, a mi juicio, una llamada de atención al proceso de reforma de los Planes de Estudio de nuestras Facultades de Derecho. Con ello se pretende, como dice la autora, alcanzar “un nuevo *ius commune Europeae* que, a la larga, debiera ser la base del Código civil anunciado con anterioridad”.

La parte relativa a la jurisprudencia como fuente de este nuevo *ius commune* es de las más sugerentes. Se trata de que el juez acuda a los principios generales sobre los cuales se estructura el ordenamiento jurídico comunitario, ya sea a partir de los principios generales del Derecho interno de los Estados miembros, o de los que actualmente se consideran principios comunitarios. En este orden de cosas, la elaboración de los Principios LANDO y los de UNIDROIT pueden igualmente ayudar al

juez en su labor de fijación de los principios generales del Derecho, y tienen además la ventaja de ser el resultado de una investigación de Derecho comparado y de su presentación de forma similar a los *restatements* americanos, con casos hipotéticos seguidos de un breve comentario. A mayores, los Principios LANDO, los de UNIDROIT, al igual que las Leyes modelo sobre Derecho mercantil elaboradas en el seno de UNCITRAL, pueden servir también para conseguir una armonización lenta mediante su recepción espontánea, al estilo de las denominadas *soft law* o *normes douces*.

El tema de la armonización desde la perspectiva de la aplicación del Derecho por los Tribunales de Justicia resulta clave, ya que la unificación puede quedar en papel mojado en caso contrario. La cuestión no sólo afecta al futuro, sino al presente, ya que a pesar del grado mínimo de unificación que se consigue con el desarrollo de las Directivas por los diferentes Estados de la UE, lo cierto es que los Tribunales de Justicia siguen demasiado apegados a modos de interpretación y aplicación del Derecho excesivamente fieles a su tradición jurídica. Ello hace que, en realidad, aunque las leyes internas de desarrollo de las Directivas sean prácticamente idénticas (a veces mera transcripción literal de las mismas), su aplicación lleve a resultados muy diferentes en cada uno de los países. La cuestión se pone de relieve en la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo de 11 de julio de 2001, e incluso se aborda en algunas de las respuestas al mismo. Parece criticable que la Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001 no aborde directamente este problema; pero no hay duda de que el mismo se tiene que afrontar si de verdad se quiere una verdadera unificación del Derecho Privado Europeo.

La parte final del *Estudio Preliminar* está dedicada a la futura Codificación Europea del Derecho civil. En ella se recogen las dos Resoluciones iniciales del Parlamento Europeo de 1989 y de 1994, en las que simplemente se sugiere la necesidad de codificación, así como el Informe *Lehne* de 6 de noviembre de 2000, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior, alentando la misma. La historia más reciente está constituida por la citada Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio 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. El estudio realizado por la Dra. ARROYO en este punto puede completarse con el ya citado trabajo, "Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo", centrado de manera especial en esta última Resolución.

La Comunicación de la Comisión ha tenido diferentes comentarios, apostillas, sugerencias y respuestas, publicadas en Internet. En total son 88 las aportaciones de representantes de los gobiernos, de las empresas, de asociaciones de consumidores, de académicos, abogados, notarios y otros profesionales del Derecho. De las diversas opciones que se planteaban en la Comunicación de la Comisión, casi todas las aportaciones consideran que es necesario partir de una mejora en la calidad de la legislación (Opción III), e igualmente se puede considerar generalizado el rechazo a la Opción I, referida a la no actuación de la Comunidad Europea, dejando que sea el propio mercado el que vaya definiendo las líneas de armonización. La mayoría de las posturas son favorables a utilizar las Opciones II y IV (fomento de la definición de principios comunes y elaboración de una nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario), pero no se consideran como opciones contrapuestas sino complementarias, e incluso de aplicación sucesiva: así, hay bastantes propuestas de seguir el siste-

ma de elaboración de una serie de principios comunes, de carácter no vinculante, que irían preparando a la ciencia jurídica para una futura elaboración posterior de un Código Uniforme Europeo. Existen igualmente propuestas de codificación del contenido de diferentes Directivas, las relativas a protección de los consumidores, en las que aparecen conceptos que se reiteran en unas y otras (así se destaca en las sugerencias realizadas por asociaciones de consumidores). Puede decirse que, en general, a corto plazo no parece viable la redacción de una legislación unitaria impuesta coactivamente, aunque sí se aconseja de una u otra manera el fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales; y ello, fomentando la investigación en materias de Derecho comparado, la cooperación entre profesionales de la justicia, académicos, jueces y expertos. En todo caso, creo que la contestación más extensa y que más ha influido en la Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001, es la elaborada conjuntamente por las comisiones Lando y von Bar, cuya lectura es muy sugerente y viene acompañada de bibliografía final, al igual que la de algunas de las aportaciones españolas, entre las que me atrevo a resaltar por su interés las de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, M. P. GARCÍA RUBIO y J. LETE, y S. CÁMARA LAPUENTE.

La *Conférence des Notariats de l'Union Européenne* remitió igualmente unas conclusiones a la Comisión en las que comenta que la profesión notarial se considera afectada claramente en cualquier cuestión relativa al Derecho Europeo de los Contratos y su unificación. En este sentido se inclina hacia la Opción II, es decir, hacia el fomento de la definición de unos principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales. Igualmente se afirma que sería deseable que apareciera de una manera clara la distinción entre la forma y el fondo de los contratos. Y de un modo paralelo, se alude también a la Opción III, en el sentido de que una mejora en la calidad de la legislación ya en vigor favorecería la futura unificación, a la vez que facilitaría una normativa más homogénea.

Todas estas aportaciones son tenidas en cuenta por la Dra. ARROYO en esta parte del *Estudio Preliminar* y en sus consideraciones finales, donde realiza una serie de observaciones que dan pie a la reflexión sobre un tema y un problema que nos afecta a todos los juristas. Para la autora no es probable que el mercado coadyuve a la realización espontánea de un Derecho armonizado en todos los ámbitos; pero considera que ninguna de las otras tres opciones es excluyente: mejorar la legislación existente, fomentar la definición de principios comunes o adoptar una nueva legislación. En este sentido, aclara sobradamente el problema de la competencia de los organismos de la UE a la hora de elaborar un Código Europeo de Derecho Privado, sobre la base de una lectura en positivo del principio de subsidiariedad, dado que parece evidente que dicha armonización es una tarea que no pueden llevar a cabo los Parlamentos nacionales. Lo más problemático puede ser definir las materias que son susceptibles de unificación porque, a pesar de centrarse la mencionada Comunicación de la Comisión exclusivamente en el Derecho contractual, el punto 9 de la Resolución de 15 de noviembre de 2001 lamenta que la Comisión se haya limitado al Derecho de contratos, ya que el Consejo Europeo de Tampere brindaba a este respecto mayores posibilidades. A mayor abundamiento, en el punto 14 a) de la Resolución, el Parlamento solicita a la Comisión que el proceso de aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros presente, como siguiente paso y tras una profunda consulta científica, un plan de acción que englobe, entre otros, los siguientes extremos: hasta finales de 2004 "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 (Opción II de la Comunicación) en los siguientes ámbitos: Derecho contractual general, Derecho de compraventa, Derecho de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros y los contratos de seguros, Derecho de garantías personales y Derecho de obligaciones no contractuales (comisión de delitos, enriquecimiento sin causa), Derecho de transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles, Derecho de garantías crediticias y bienes muebles, Derecho de trust”.

Además de ello, la Resolución se pronuncia en el sentido de crear antes de final de 2002 un “Instituto Jurídico Europeo”, en el que los responsables de la política jurídica, la administración, la justicia y la aplicación del Derecho, participen, sobre una base científica, en la elaboración de las bases de la futura reforma. Es manifiesto que el final de este camino es todavía impreciso, pero coincide con la Dra. ARROYO en que la codificación del Derecho civil europeo es una propuesta acertada, porque “el Código proporciona una coherencia interna que no otorgan las Directivas y sus preceptos están ordenados en base a principios generales que permiten nuevas aplicaciones más allá de la regulación expresamente prevista”. Parece bastante difícil que este proyecto pueda llevarse a cabo en un futuro inmediato. Antes hace falta, entre otras cuestiones, ir consolidando una doctrina jurídica común, sobre bases *menos apegadas al Derecho propio*. El tren de la unificación del Derecho Privado Europeo ya está en marcha. El destino final es todavía incierto. Puede haber paradas *in itinere* más o menos prolongadas. Pero una cosa es clara: todos los profesionales del Derecho debemos tomar este tren porque el destino definitivo depende, como Ítaca, de cómo realicemos entre todos el viaje. Los *Textos Básicos* de SCHULZE, ZIMMERMANN y ARROYO, y el *Estudio Preliminar* de esta última, constituyen sin duda una aportación inestimable para fomentar la reflexión y la investigación sobre los diversos modos de llegar a la futura unificación del Derecho Privado Europeo. Pero no parece deseable precipitarse en tal unificación. Volviendo a CAVAFIS, no debemos tener la menor prisa en este viaje, aunque tampoco es deseable que “el camino sea largo”.

Andrés Domínguez Luelmo
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

DERECHO INMOBILIARIO EUROPEO: TRES ESTUDIOS NOTARIALES

Traducción:

ALFONSO RENTERÍA AROCENA

Notario en excedencia

Registrador de la Propiedad de Pamplona

ÍNDICE GENERAL:

- I. El deber notarial de consejo en la transmisión de bienes inmuebles.**
- II. Derechos que facultan a su titular para habitar un inmueble.**
- III. La seguridad jurídica en la posesión y transmisión de los bienes inmuebles.**

Introducción

Como delegado del Notariado español en la Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo (CAEM) de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), tengo el honor de presentar al lector una traducción de los tres estudios sobre Derecho Inmobiliario de Europa que fueron elaborados por la citada comisión durante los años 1997 y 1998 y en los que asumí la ponencia española. Confío en que la carencia de pretensiones científicas de dichos trabajos sea compensada por la utilidad práctica de los mismos.

I. EL DEBER NOTARIAL DE CONSEJO EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES INMUEBLES

Este estudio, fechado en 1997, fue coordinado por Dr. Rolf Gaupp, Abogado-Notario de Heilbronn (Alemania) y por Dr. Klaus Woschnak, Notario de Viena (Austria).

SUMARIO: **I. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PRÁCTICOS.** 1. Obligaciones del notario. 2. Límites. 3. Derecho comparado. **II. LA FORMACIÓN DE LA OBRA.** 1. Primer cuestionario (5 de agosto de 1996): respuestas. 2. Segundo cuestionario (3 de febrero de 1997): respuestas. 3. Tercer cuestionario (16 de mayo de 1997): respuestas. **III. CONCLUSIONES.** 1. La función y el deber del notario. 2. La escritura pública: su preparación y autorización. 3. Fundamento jurídico del deber notarial de consejo. 4. El consejo jurídico. 5. El consejo económico. 6. El consejo fiscal. 7. Otros consejos suplementarios. 8. Honorarios. 9. El deber notarial de consejo en transmisiones con elementos de extranjería. 10. Constancia documental del cumplimiento del deber notarial de consejo. 11. Responsabilidad del notario por incumplimiento del deber de consejo. 12. Responsabilidad en materia de Derecho extranjero. 13. Limitaciones de la responsabilidad notarial. 14. Perspectivas de futuro.

I. Principios jurídicos y prácticos

1. Obligaciones del notario.

El deber notarial de consejo ha experimentado una significativa evolución histórica.

La imagen del notario “clásico” del siglo XIX –que era principalmente un testigo ante quien se otorgaba el acto o contrato en un documento de mera fuerza probatoria– es muy diferente de la actual, según la cual corresponde a aquél hacer todo lo necesario para el buen funcionamiento de la justicia, con específicos deberes de control y de información. El deber que el notario tiene de aconsejar a las partes otorgantes adquiere cada día una mayor trascendencia. Esta evolución de las funciones notariales parece aún lejos de su final.

Es especialmente abundante la literatura jurídica notarial alemana (1): la constante aparición de estudios jurídicos en Alemania demuestra claramente que los deberes notariales de control y de consejo están adquiriendo una importancia innegable en la función notarial.

2. Límites.

El notario no tiene derecho a imponer una solución al fondo del asunto que no sea querida por las partes (2): en caso de conflicto, el notario debe limitarse a expresar las reservas e impedimentos legales para autorizar el acto o contrato y a presentar otras posibilidades de solución. En Alemania, la decisión final queda a la libre elección de las partes, ya que el notario no puede “forzar” su voluntad (3).

El contenido de las obligaciones notariales de control y de consejo plantea importantes problemas, especialmente desde el punto de vista de la responsabilidad notarial.

3. Derecho comparado.

Las tendencias y problemas apuntados se presentan también, con diferentes matices, en la práctica totalidad de los notariados de tipo latino de Europa continental, como resulta de este estudio.

II. Formación de la obra

Para la preparación de la misma, se confeccionaron tres cuestionarios que fueron enviados a los representantes de los notariados que forman parte de la CAEM.

1. Primer cuestionario (elaborado por Me. Klaus Woschnak).

En él fue solicitada información sobre las siguientes materias:

- Las principales funciones notariales.
- La preparación de la escritura pública y su autorización.
- Los fundamentos jurídicos del deber notarial de consejo.

(1) BASTY, *Amtpflicht des Notars zur Beratung der Urkundsbeteiligten*, publicación en homenaje a Helmut Schippel, Munich, 1996, pp. 571 y ss. Vid. también REIHMANN, “Die Beratung bei der Beurkundung”, conferencia pronunciada en las Jornadas notariales alemanas de 1964, *DnotZ*, número especial, pp. 86 y ss.

(2) BASTY, *vid.* obra citada, pp. 582 a 586.

(3) BASTY, *vid.* obra citada, p. 582.

- La extensión de la citada obligación.
- Los honorarios.
- La posición del notario en actos y contratos con elementos de extranjería, en particular en cuanto al deber de consejo se refiere.

Respondieron a este cuestionario los siguientes países: Austria, Suiza, Francia, Alemania, Italia, España, Luxemburgo, Holanda, Hungría, República Checa, Inglaterra, Irlanda, Turquía, Grecia, Portugal, Rusia, Escocia y Polonia. Fueron un total de dieciocho países.

2. Segundo cuestionario (elaborado por Me. Gaupp).

Surgió como consecuencia de los debates habidos en el seno de la Subcomisión de la CAEM de Derecho Inmobiliario en su reunión de Barcelona (octubre de 1996). En dicho cuestionario se intentó precisar y profundizar en algunos puntos, en particular en los siguientes:

- La escritura pública y la eficacia de las transmisiones inmobiliarias.
- El consejo jurídico.
- El consejo económico.
- El consejo en las transmisiones de inmuebles con elementos de extranjería.
- Otros consejos.
- Constancia documental del cumplimiento del deber notarial de consejo.
- Responsabilidad.

Respondieron a este cuestionario los países siguientes: Luxemburgo, Francia, Austria, Suiza, España, Portugal, Hungría, Grecia, Turquía, Polonia, Holanda, Italia, Irlanda, Alemania, Escocia y Bélgica. En total, dieciséis países.

3. Tercer cuestionario (elaborado por Me. Gaupp).

Tiene su origen en la sesión de la CAEM de Lisboa (abril de 1997). Completa y matiza los temas siguientes:

- La materia de la responsabilidad notarial en los supuestos de consejo erróneo o inexistente.
- El deber notarial de consejo en asuntos jurídicos, fiscales, económicos y en transmisiones con elementos de extranjería.
- La posible cláusula de exoneración del deber notarial de consejo.

Este tercer y último cuestionario fue respondido por ocho países: Austria, Francia, España, Alemania, Hungría, Turquía, Rusia y Suiza.

III. Conclusiones

Las respuestas dadas a los distintos cuestionarios fueron, en la mayor parte de los casos, muy detalladas, con cita de normas de Derecho positivo y con numerosos reenvíos a la doctrina y a la jurisprudencia de cada país.

1. La función y el deber del notario.

En esta materia existen grandes semejanzas entre los distintos países, excepción hecha de aquellos que se rigen por el sistema de "Common Law": Inglaterra, Escocia e Irlanda. En estos últimos países, el deber de consejo corresponde al *solicitor*, que actúa siempre parcialmente (en beneficio de su cliente) (4).

Los notariados de la Europa continental ponen el acento en los mismos puntos: la autorización de escrituras públicas que formalizan transmisiones de bienes inmuebles y todas las actividades relacionadas con el otorgamiento forman parte de las funciones propias del notario europeo tradicional. Desde el punto de vista de la clasificación de los contratos y del contenido de estos últimos (en particular, las compraventas, donaciones y aportación de bienes inmuebles a sociedades), existe igualmente una generalizada coincidencia entre los notariados europeos continentales.

Por el contrario, en estos últimos países se aprecian notables diferencias en cuanto a la fuerza ejecutiva de la escritura pública se refiere (5).

La obligatoriedad de formalizar en escritura pública las transmisiones de bienes inmuebles varía de un país a otro. En Alemania, la escritura es siempre obligatoria cuando se trata de contratos sobre inmuebles (6), al igual que sucede en Polonia y en Holanda. En los demás países, la escritura pública añade determinados efectos jurídicos al contrato —*erga omnes*, título ejecutivo, etc.—, que, sin embargo, es válido cualquiera que sea la forma en que se otorgue (7). Por estas razones, también en estos

(4) No existe en los países de "Common Law" una ley específica del notariado. En Inglaterra, las funciones del "solicitor" son comparables a las que tiene el "barrister", al menos en materia inmobiliaria. En Irlanda, tampoco la profesión de "solicitor" cuenta con una precisa y legal definición.

(5) Veamos los siguientes ejemplos: en Francia, el documento notarial tiene fuerza ejecutiva propia mientras que en Alemania sólo si se establece expresamente en la escritura, lo que no es una práctica habitual en los contratos inmobiliarios (sólo la obligación de pago del precio de la compraventa tiene fuerza ejecutiva por el otorgamiento de la escritura).

(6) Parágrafo 313 BGB.

(7) Así sucede en Francia y Luxemburgo, por ejemplo.

últimos sistemas jurídicos la escritura es comúnmente utilizada en la práctica totalidad de las transmisiones de bienes inmuebles.

2. La escritura pública: su preparación y autorización.

Se da una coincidencia prácticamente generalizada en las principales cuestiones: la averiguación de la situación registral, el examen del estado de las cargas reales y la vigilancia sobre la obtención de las pertinentes autorizaciones administrativas son misiones que competen al notario autorizante de la escritura de transmisión inmobiliaria.

Es también generalmente reconocido que la función notarial no se extiende a las negociaciones económicas que se producen entre las partes contratantes (muy especialmente en lo que se refiere a la forma de financiación del precio de la compra), aun cuando pueden citarse algunas excepciones señaladas (8). La redacción de la escritura pública compete exclusivamente al notario, para lo cual se utilizan en la actualidad medios informáticos. La autenticación de documentos privados redactados por particulares (por ejemplo, por abogados) es práctica casi habitual (9); la responsabilidad notarial y la eficacia jurídica del documento son las mismas que en el caso de otorgamiento de una escritura pública.

La exigencia de la escritura pública como único título formal apto para inscribir en el Registro de la Propiedad una transmisión inmobiliaria es norma en todos los países estudiados.

3. Fundamento jurídico del deber notarial de consejo.

Las respuestas a los cuestionarios se remiten, por lo general, a las leyes notariales respectivas, a las circulares y directivas de los Colegios Notariales y a la jurisprudencia (10). En la doctrina alemana se ha escrito con frecuencia sobre la indefinición legal del contenido y alcance del deber notarial de consejo (11).

(8) La participación del notario en los tratos preliminares del contrato es relevante en Francia y Austria; en otros países, por el contrario, ninguna competencia se reconoce al notario en esta materia (por ejemplo, en Holanda, Luxemburgo y Alemania).

(9) Recordemos que la legitimación notarial de documentos privados de transmisión de inmuebles está prohibida en España.

(10) Especialmente detallada es la respuesta de la delegación austriaca. En Alemania, cabe citar los parágrafos 17 de la Ley sobre Escrituras Públicas y 24 de la Norma Federal Notarial; recordemos que el consejo en materia de jurisdicción no contenciosa forma parte de la función notarial. También se cita como fundamento jurídico del deber notarial de consejo el Código Europeo de Deontología Notarial (por ejemplo, para Italia y para la República Checa). Escocia cita las recomendaciones de la "Law Society of Scotland".

(11) BASTY, *vid.* obra citada, p. 585. Igual preocupación manifiesta BERNHARD, *Prüfung- und Belehrungspflichten des Notars*, Beck'sches Notar-Handbuch, segunda edición, 1997, F. Rd-Nm.

4. El consejo jurídico.

El deber notarial de consejo se extiende a los requisitos y eficacia jurídica del negocio y de la forma; el consejo jurídico constituye el núcleo central de la actividad del notario. Es la función primordial de este último en todos los países consultados, si bien en aspectos no sustanciales existen algunas diferencias de matiz (12).

5. El consejo económico.

La misma unanimidad existe en rechazar de plano el deber notarial de consejo en materia económica, tanto en cuanto a la oportunidad económica de celebrar el acto o contrato como en cuanto a sus consecuencias económicas. Estas cuestiones forman parte del ámbito propio de la voluntad de las partes —principio de la libertad contractual.

Deben hacerse constar algunas excepciones, aun cuando todas ellas se refieren a supuestos extremos que no contradicen la regla general de no intromisión del notario en aspectos económicos del acto o contrato. En efecto, en casos excepcionales el equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes económicos del negocio puede reclamar el consejo obligado del notario (13). Asimismo, las cláusulas abusivas del contrato pueden obligar al notario a indicar los riesgos económicos del otorgamiento de aquél (14).

Los aspectos jurídicos de los tratos preliminares, las modalidades y las formas de pago no son considerados como cuestiones económicas sino jurídicas, por lo que integran el ámbito propio del deber notarial de consejo (15).

Por lo general, el notario no tiene obligación de prestar consejo en cuanto a las consecuencias económicas del acto o contrato. No obstante, el principio general de protección de los consumidores así como la realidad social apuntan una tendencia que se orienta hacia una mayor competencia notarial en materia económica, como “conservador del capital”.

Desde el punto de vista del deber notarial de consejo (16), también

(12) En Holanda, por citar un ejemplo, la calificación urbanística o agrícola de la finca no es materia a la que se extiende el deber notarial de consejo ni el control de legalidad que debe ejercer. Lo mismo puede decirse de Alemania, en cuanto a las normas que integran el Derecho de la Construcción.

(13) Luxemburgo, Suiza, Portugal y Hungría.

(14) Por ejemplo, en Alemania (BGH 27.10.94, *DnotZ* 1995, 407 y HAUG, en el *Manual del Notario de Beck*, segunda edición, 1997, número 67).

(15) Así, por ejemplo, en Austria, Francia y Suiza.

(16) En Derecho alemán, *vid.* BASTY, obra citada, p. 573. Es norma consuetudinaria en Francia y Bélgica.

se muestra esta tendencia con claridad. Sin embargo, se esgrimen algunos argumentos contrarios a esta extensión de las funciones notariales, en particular el principio de imparcialidad del notario, por no citar las consecuencias que en cuanto a la responsabilidad notarial tendría tal modificación (17).

6. El consejo fiscal.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, se sigue una posición intermedia en cuanto a los consejos fiscales que el notario debe prestar en los casos de transmisiones inmobiliarias y también en cuanto a la función que al notario corresponde desempeñar como recaudador o retenedor de los impuestos que tales transferencias devenguen.

En la mayoría de los países estudiados el deber notarial de consejo comprende también los aspectos fiscales del acto o contrato (18); en otros países, por el contrario, la respuesta es negativa (19).

La obligación del notario de presentar la escritura pública ante el Fisco para que puedan ser giradas las liquidaciones oportunas —en particular, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y el de Sucesiones y Donaciones— es conocida en la mayor parte de los países encuestados. En algunos de ellos, el notario debe hacer de recaudador o retenedor de los impuestos devengados, que luego ingresará en las arcas públicas, bajo su responsabilidad personal (20).

7. Otros consejos suplementarios.

Son aquellos que resultan de un mandato expreso contratado por el notario con alguna de las partes. Cabe citar los supuestos en los que el notario prepara la transmisión desempeñando el papel de intermediario o de agente inmobiliario. En algunos países estas actividades notariales están prohibidas (21), mientras que en otros son práctica habitual (22).

En caso de litigio entre las partes como consecuencia de la transmisión formalizada en escritura pública, la mayor parte de los encuestados manifiesta que el notario no está autorizado en su país a actuar como

(17) BASTY, obra citada, p. 574.

(18) Por ejemplo, en Austria, Suiza, Hungría e Italia.

(19) Por ejemplo, en Alemania y Luxemburgo.

(20) Así sucede, por ejemplo, en Francia, Turquía, Polonia y en algunos territorios de Austria y Holanda.

(21) Por ejemplo, en Suiza, Alemania, Polonia y Hungría.

(22) En Francia.

árbitro (23), actuación que en todo caso requiere la solicitud expresa de los otorgantes.

8. Honorarios.

Cuando el notario cumple con su deber de consejo en relación con una transmisión inmobiliaria no se devengan honorarios suplementarios. Estos consejos forman parte de las obligaciones profesionales del notario y su remuneración está incluida en los honorarios correspondientes a la escritura pública que documenta la transmisión del inmueble. Este criterio es unánime en todos los países a que se refiere el estudio.

Respecto de los consejos prestados por el notario en materias que no tengan una directa vinculación con la transmisión inmobiliaria, cabrá exigir una retribución suplementaria –fundada bien en la legislación nacional, bien en las circulares de los Colegios Notariales, bien en un contrato pactado expresamente con el notario.

9. El deber notarial de consejo en transmisiones con elementos de extranjería.

Como síntesis de las respuestas a los diferentes cuestionarios cabe mencionar las siguientes conclusiones:

— Los consejos notariales sobre cuestiones de Derecho extranjero y directamente relacionadas con la transmisión del inmueble son generalmente permitidos y frecuentes (24).

— En la práctica totalidad de los países encuestados, el control y la apreciación de las cuestiones de Derecho Internacional Privado nacional –la observancia de las normas de conflicto internas– son contenido propio de las obligaciones del notario.

— Los consejos y los documentos notariales pueden apoyarse en normas de Derecho extranjero, siempre que el notario conozca este último suficientemente.

— La cuestión sobre la posibilidad de elección del derecho material aplicable a las transmisiones de bienes inmuebles (25) –por ejemplo, cuando el comprador es extranjero– sólo ha sido respondida por algunos países (26).

(23) En el cantón de Vaud (Suiza), el notario puede ser árbitro si las partes lo quieren expresamente.

(24) A excepción de Polonia y de la República Checa.

(25) En cuanto al Derecho alemán, *vid.* ZIMMERMANN, *Manual de Derecho Notarial de Beck*, G, números 72 y ss.

(26) Francia, Austria, Holanda y Alemania.

—La consulta o la remisión a notarios extranjeros es práctica generalizada, así como el recurso a Instituciones de Derecho Internacional, Facultades de Derecho, Representaciones Diplomáticas y Consulares (27).

—Los contratos inmobiliarios transfronterizos plantean problemas particulares, que requieren una especial asistencia notarial a los otorgantes (28). Las respuestas a los diferentes cuestionarios ponen de manifiesto la preocupación de los notariados europeos en esta materia.

—Las funciones de la Unión Internacional del Notariado Latino y los instrumentos de colaboración que ésta ofrece —y que permiten una positiva contribución de dicha organización en esta sede— han sido citadas en algunos informes nacionales (29).

10. Constancia documental del cumplimiento del deber notarial de consejo.

Es esta una cuestión de enorme trascendencia práctica, especialmente cuando surgen conflictos tras el otorgamiento de la escritura pública.

Ya que el deber de prestar consejo en relación con todos los aspectos jurídicos de la transferencia de un bien inmueble es contenido propio de la obligación del notario, la constancia expresa de su cumplimiento no suele aparecer reflejada de modo especial en los documentos notariales (al menos en los países consultados) (30), salvo en cuanto se refiere a cuestiones fiscales y económicas.

Los consejos prestados por el notario constan, en ocasiones, en documentos diferentes de la escritura pública otorgada —por ejemplo, en un documento privado complementario o en cartas dirigidas a las partes otorgantes— (31).

Corresponde al notario, en caso de discrepancia, la carga de la prueba de haber cumplido su obligación de aconsejar debidamente a las partes (32).

(27) Como se explica, con detalle, en la respuesta de Suiza.

(28) *Vid.* WEHRENS/GRESSER, "Der Kauf von Grundeigentum in Frankreich", en la obra citada de homenaje a Schippel, pp. 960 y siguientes.

(29) En particular, en el de España.

(30) Esta constancia documental del cumplimiento del deber notarial de consejo es práctica habitual en Alemania y Austria.

(31) Así sucede, por ejemplo, en Francia y Holanda.

(32) Por ejemplo, en Austria, Alemania y Holanda.

11. Responsabilidad del notario por incumplimiento del deber de consejo.

Del deber notarial de consejo –obligación profesional– deriva la responsabilidad patrimonial del notario en el supuesto de incumplimiento de tal obligación; es decir, cuando el consejo no se ha prestado o cuando el notario, al aconsejar a los otorgantes, ha incurrido en un error inexcusable. Es una afirmación unánimemente aceptada en todos los países a los que se refiere este estudio.

Los perfiles de la obligación notarial de aconsejar –y, por tanto, los de la consecuente responsabilidad– vienen dados por los límites expuestos anteriormente en cuanto a la materia jurídica, económica, fiscal e internacional.

En cuanto al incumplimiento del deber de consejo en cuestiones jurídicas, baste decir que en Alemania casi una tercera parte de los litigios por responsabilidad civil del notario se refieren a situaciones de consejos erróneos o inexistentes (33).

En muchos países la jurisprudencia trata de reforzar la importancia del deber notarial de consejo jurídico (34). La innegable eficacia jurídica reforzada de la escritura pública puede acarrear situaciones de peligro o riesgo económicos derivadas de una equivocada fundamentación jurídica del problema. Conviene que el notario informe y aconseje a las partes en esta materia; si no lo hace o lo hace de modo erróneo, debe aquél responder de sus actos (35).

Incluso en los sistemas jurídicos en los que el notario no está obligado a dar consejos a las partes en materia fiscal o tributaria, se afirma la responsabilidad del notario cuando algunos aspectos del negocio están íntimamente ligados con cuestiones de aquella índole, de modo que pueda presumirse que el notario aconsejó erróneamente a los otorgantes (36).

12. Responsabilidad en materia de Derecho extranjero.

Si el notario ha aconsejado a las partes en cuestiones relacionadas con el Derecho aplicable en el extranjero debe también responder de informaciones erróneas. Igualmente, una escritura pública autorizada notarialmente “a ciegas” –por lo que a las transmisiones inmobiliarias con elementos de extranjería se refiere– lleva consigo la responsabilidad civil del notario. Corresponde a éste advertir a los otorgantes de los riesgos

(33) HAUG, en el *Manual Notarial de Beck*, J., números 61 y ss.

(34) Por ejemplo, en Francia, Alemania y Austria.

(35) En especial, así se hace constar en las respuestas de las delegaciones de Austria y Suiza.

(36) Respuestas de las delegaciones de Alemania y Austria.

de una eventual ineficacia del acto o contrato así como indicar cuáles son los medios para conocer el Derecho extranjero que deba ser aplicado –de ordinario, mediante la remisión a un experto en cuestiones de Derecho Internacional Privado–. Si el notario no actúa de este modo, contraviene el deber de aconsejar y, consecuentemente, debe responder de sus actos (37).

13. Limitaciones de la responsabilidad notarial.

El consejo jurídico es parte esencial de la función notarial. En consecuencia, cualquier limitación de la responsabilidad del notario por incumplimiento de su obligación en esta materia se considera como inadmisibles (38).

En sede económica o fiscal, así como cuando se trate de cuestiones de Derecho Internacional, el notario tiene la facultad de rehusar o de limitar su obligación de consejo, con las consiguientes consecuencias en cuanto a su responsabilidad profesional –aun cuando estas limitaciones son miradas con disfavor por la jurisprudencia– (39).

14. Perspectivas de futuro.

El análisis de los distintos informes nacionales confirma la existencia y el reconocimiento del deber notarial de consejo, que desborda con creces las históricas funciones notariales de autenticación y de redacción de documentos. La apertura de la actividad notarial hacia una colaboración jurídica y creativa en sede de transmisiones inmobiliarias transfronterizas resulta innegable, así como también la tendencia de incluir en el deber notarial de consejo los aspectos económicos e internacionales de los actos y contratos.

Los límites a estas perspectivas de futuro derivan principalmente de los principios de imparcialidad del notario y de su independencia, rasgos que caracterizan al notariado latino de la Europa continental. La línea de separación entre las profesiones de consejo jurídico y las de consejo económico es clara, en general, en la práctica. En esta distinción reposa la posición particular del notario en Europa (40).

(37) Así sucede en Francia, Alemania, Suiza y Austria: el término alemán es “Übernahmeverantwortung”.

(38) Como indican las respuestas de Francia, Hungría, Polonia, Austria –con referencias a la doctrina y a la jurisprudencia–, Alemania y Suiza.

(39) Respuestas de Austria, Hungría, Francia, Alemania y Suiza. En ocasiones, se hacen referencias a la interpretación restrictiva de las cláusulas de exclusión de responsabilidad notarial en la jurisprudencia y en el Código Europeo de Deontología.

(40) En cuanto al Derecho alemán, *vid.* BASTY, obra citada, pp. 585 y ss.

II. DERECHOS QUE FACULTAN A SU TITULAR PARA HABITAR UN INMUEBLE

Este estudio, fechado en 1998, fue coordinado por Me. Jacques Roelants de Stappers, Notario belga jubilado.

SUMARIO: **I. EL DERECHO DE USUFRUCTO.** 1. Concepto. 2. Medios de adquisición. 3. El fallecimiento del cónyuge titular de la vivienda: sus consecuencias jurídicas. 4. Cargas y obligaciones derivadas del usufructo. **II. EL DERECHO DE HABITACIÓN.** 1. Concepto. 2. Elementos personales. 3. Forma y publicidad de la constitución del derecho de habitación. 4. Cargas y obligaciones derivadas del derecho de habitación. **III. EL ARRENDAMIENTO DE LARGA DURACIÓN.** 1. Los arrendamientos de larga duración y los de corta duración. 2. El arrendamiento vitalicio. 3. La enfiteusis. a) *Concepto.* b) *Duración.* c) *Régimen de las obras realizadas por el titular del derecho.* d) *Evolución de la enfiteusis.* e) *El derecho de adquisición preferente.* 4. La extinción del arrendamiento por necesidad personal del propietario. 5. La protección de la vivienda habitual del arrendatario. **IV. LA ACCESIÓN Y EL DERECHO DE SUPERFICIE.** 1. Concepto. 2. Actualidad del derecho de superficie. 3. Duración y modalidades. 4. La constitución del derecho de superficie entre cónyuges. 5. Diferencias entre la accesión y el derecho de superficie. 6. ¿Desde cuándo se regula el derecho de superficie? 7. Forma y publicidad registral. 8. El derecho de superficie y la construcción de viviendas de protección social. **V. OTROS DERECHOS.**

I. El derecho de usufructo

1. Concepto.

En la mayoría de los países europeos el derecho de usufructo se caracteriza por reunir las siguientes notas:

- Es un derecho de naturaleza real.
- De naturaleza temporal.
- Faculta a su titular para usar y disfrutar de una cosa ajena.

— Se impone al usufructuario la obligación de conservar la sustancia del bien objeto de usufructo.

Existe una particularidad en el Derecho húngaro, que reconoce al nudo-propietario la facultad de uso y disfrute de la cosa cuando el usufructuario no haga uso de su derecho.

En Rusia, por el contrario, el Derecho positivo no regula el usufructo; la doctrina considera a éste como uno de los derechos reales atípicos, ya que la enumeración legal de los derechos reales no es *numerus clausus*.

2. Medios de adquisición.

En general, se adquiere el usufructo por donación, por sucesión *mortis-causa* y por compraventa.

Como excepciones a esta regla diremos que:

— En Polonia sólo puede adquirirse el usufructo por herencia o donación.

— En Malta sólo la sucesión *mortis-causa* es título de adquisición. No obstante, cabe constituir *inter-vivos* un usufructo por título de retención.

— En Turquía no es posible constituir el derecho de usufructo por sucesión *mortis-causa*.

Cabe citar otros medios de adquisición del usufructo:

— La resolución judicial (en Suiza y en Austria).

— La prescripción adquisitiva en Portugal, Grecia, Suiza y Austria. Es rara en la práctica la usucapión del derecho de usufructo, ya que de ordinario lo que se prescribe es el pleno dominio.

— En Turquía cabe constituir el derecho de usufructo por fundación y por institución.

— En Italia el usufructo se adquiere por sucesión *mortis-causa*, por división y por usucapión.

En cuanto a la publicidad registral del usufructo se refiere, digamos que en algunos países la inscripción del usufructo en el Registro de la Propiedad se configura como constitutiva del derecho (como sucede, por ejemplo, en Alemania y en Hungría); en otros sistemas jurídicos, la inscripción registral convierte en oponible *erga omnes* el derecho de usufructo inscrito o transcrito (Francia, Bélgica y Malta). En Italia la inscripción del usufructo en el Registro de la Propiedad es obligatoria; en Escocia, por el contrario, no está prevista.

La constitución del usufructo se documenta de ordinario en una escritura pública notarial.

Los usufructos legales no necesitan, para su válida constitución, ni documento público ni inscripción en el Registro de la Propiedad.

3. El fallecimiento del cónyuge titular de la vivienda: sus consecuencias jurídicas.

Desde el punto de vista de la protección de la vivienda familiar habitual, en la mayoría de los países de Europa se reconoce al cónyuge sobreviviente el derecho a seguir habitando aquélla, bien sea en virtud de un derecho de usufructo (Bélgica, Malta), bien sea en virtud de un derecho de habitación (Portugal). En algunos países, como es el caso de Suiza, el cónyuge puede optar entre la plena propiedad, el derecho de habitación y el usufructo.

En la mayoría de los países se reconoce al cónyuge su condición de heredero forzoso o legitimario del causante (a excepción de Francia y de Grecia), legítima que suele traducirse —de ordinario— en el uso de la vivienda familiar habitual en ejercicio de un usufructo o un derecho de habitación, computándose para el cálculo de su haber hereditario.

En Alemania se reconoce al cónyuge supérstite un derecho preferente en la sucesión del causante sobre los bienes que integran el mobiliario y enseres de la familia.

En Hungría la legítima del viudo se extiende únicamente a la satisfacción de sus necesidades.

En Escocia el cónyuge viudo sólo está protegido en caso de sucesión *abintestato*; no se conoce en dicho país la institución de la legítima.

En Malta el nuevo matrimonio del cónyuge viudo determina la extinción del derecho de habitación de la que fue la vivienda familiar habitual del primer matrimonio, salvo que se hubiese pactado lo contrario de modo expreso.

En Italia la legítima del cónyuge viudo comprende el derecho de habitación de la vivienda familiar habitual y el uso de su mobiliario.

4. Cargas y obligaciones derivadas del usufructo.

Son de cargo del usufructuario, como regla general:

— La conservación de la cosa, incluyendo todas las reparaciones exigidas por el uso ordinario y las primas de las pólizas de seguros.

— Los impuestos y contribuciones que graven directamente el inmueble.

— En algunos países, como Portugal, Malta, Bélgica y Francia, se exigen garantías suplementarias para el nudo propietario: el inventario y la prestación de fianza.

II. El derecho de habitación

1. Concepto.

Presenta el derecho de habitación las mismas características que el usufructo; es decir, es un derecho real y temporal que faculta a su titular para usar un inmueble ajeno, pero con carácter estrictamente personal y limitado a una vivienda o a determinadas habitaciones de una vivienda.

2. Elementos personales.

El derecho de habitación es intransmisible, por ser indelegable su ejercicio. Sin embargo, en casi todos los países de Europa se permite el uso de la vivienda al titular y a su familia, concepto este último que –a los efectos que aquí nos interesan– difiere en cada Estado.

En Grecia el titular puede habitar el inmueble en compañía de cuantas personas le asistan en sus necesidades domésticas, de acuerdo con su posición social.

En Hungría la familia del titular puede habitar el inmueble en compañía de este último, pero este derecho no se extiende a todos los parientes.

En Malta al no distinguir la ley entre familia legítima e ilegítima, se considera que el derecho de habitación autoriza a las parejas de hecho a vivir bajo el mismo techo.

En Italia el derecho de habitación se refiere únicamente a la familia legítima.

3. Forma y publicidad de la constitución del derecho de habitación.

En Escocia no están previstas ni la formalización notarial de la constitución del derecho de habitación ni su inscripción en el Registro de la Propiedad. En los demás países, tanto la escritura pública como la publicidad registral suelen ser requisitos de cuya observancia se hace depender la mayor o menor eficacia de la constitución del derecho.

En Francia, Bélgica y Malta, la inscripción registral tiene un efecto de oponibilidad *erga omnes*.

En Suiza no se requiere la inscripción registral cuando el derecho de habitación se haya adquirido por legado, herencia o resolución judicial.

En Austria cabe constituir un derecho de habitación en documento privado con firmas legitimadas.

En Turquía la constitución del derecho de habitación puede formalizarse en un impreso oficial ante la Dirección General del Registro Inmobiliario, con anterioridad a su inscripción registral.

4. Cargas y obligaciones derivadas del derecho de habitación.

Son muy parecidas a las que derivan del usufructo.

En Francia no son de cargo del titular del derecho los gastos de conservación de la vivienda salvo que se haya pactado expresamente.

En Austria el contenido de las obligaciones del habitacionista depende única y exclusivamente de la voluntad de las partes.

En Turquía, cuando la vivienda es habitada por el propietario y por el titular del derecho de habitación, los gastos de conservación son de cargo del propietario.

En Hungría se configura como obligación del propietario proveer al habitacionista de una vivienda habitable en todo momento.

En Escocia los impuestos que gravan directamente el inmueble deben ser satisfechos por el titular del derecho de habitación.

III. El arrendamiento de larga duración

Antes de comenzar la exposición de los regímenes de los distintos países, detengámonos en el sistema de Rusia —que sirve como ejemplo del que ha estado vigente en otros países comunistas:

En Rusia los arrendamientos son concedidos por el Estado a una persona —el cabeza de familia—, quien puede habitar la vivienda en compañía de su familia. Al fallecimiento del arrendatario, se subroga en tal condición el miembro de la familia que hubiera convivido con el causante y que resulte designado por acuerdo unánime de los demás. En defecto de tal acuerdo, todos los miembros de la familia que convivan con el arrendatario suceden a éste en dicha posición jurídica. No se requiere el otorgamiento de un documento público notarial; se procede a la inscripción del arrendamiento en el Registro en virtud del documento judicial del que resulta la concesión del arrendamiento —cuando se trata de viviendas sociales, dicho documento es de naturaleza administrativa—. Para contratos de arrendamiento cuya duración sea inferior a un año no se precisa su constancia escrita. El arrendamiento se presume indefinido, a menos que se acuerde expresamente lo contrario.

1. Los arrendamientos de larga duración y los de corta duración.

En Francia, Bélgica y Grecia, el arrendamiento de larga duración debe ser objeto de publicidad registral, previo el otorgamiento del correspondiente documento público notarial. Se entiende por arrendamiento de larga duración aquel que supera los doce años (en el caso de Francia) o los nueve años (en el caso de Bélgica y Grecia).

En Grecia el arrendamiento puede tener duración indefinida.

En Portugal cuando el arrendamiento se establece por tiempo superior a un año debe constar por escrito; pero el documento público notarial nunca es obligatorio. Se consideran arrendamientos indefinidos los concertados por un período de tiempo superior a diez años. La inscripción registral de un contrato de arrendamiento sólo tiene eficacia declarativa.

En Suiza no existe diferencia de régimen para los arrendamientos cualquiera que sea su duración. La escritura pública notarial no es obligatoria.

En Austria se considera que todo arrendamiento ha sido concertado por tiempo indefinido, salvo que lo contrario conste por escrito. No está prevista la publicidad registral de los arrendamientos.

En Alemania los arrendamientos por plazo superior a un año deben hacerse por escrito, que puede ser privado. Cuando su duración sea superior a treinta años, transcurrido el plazo inicial cualquiera de las partes puede desistir unilateralmente. No está prevista la publicidad registral de los arrendamientos.

En Escocia no es obligatorio el documento público notarial aunque todos los arrendamientos deben constar por escrito. Los arrendamientos constituidos por plazo superior a veinte años –límite admisible para arrendamientos de viviendas particulares– deben ser objeto de publicidad registral.

En Turquía no hay diferencias entre arrendamientos de larga duración y los de corta duración. Tampoco existen límites temporales.

En Malta no está prevista la publicidad registral de los contratos de arrendamiento aun cuando se hubieran formalizado en escritura pública –que será obligatoria cuando el plazo previsto sea superior a dieciséis años.

2. El arrendamiento vitalicio.

No es lícito en Francia, Polonia, Portugal y Escocia. Puede pactarse en Grecia, Austria, Alemania, Hungría y Bélgica –país en el que se exige su obligatoria inscripción.

3. La enfiteusis.

a) Concepto.

Grecia, Suiza, Austria, Portugal, Hungría, Turquía y Escocia no regulan actualmente esta figura jurídica. En Grecia ha sido suprimida por el Código civil de 1941, aun cuando subsisten con carácter transitorio los

censos enfiteúticos constituidos con anterioridad –que el propietario puede redimir unilateralmente en cualquier momento.

En Polonia, se configura como una variedad del usufructo perpetuo.

Aparece regulado en Francia, Alemania y Bélgica. En Francia es un arrendamiento a muy largo plazo con naturaleza de derecho real, con pagos anuales de un canon.

En Alemania se configura como el derecho transmisible de usar y de disfrutar de un edificio construido en suelo ajeno (“Erbbauberechtigte”). Concede a su titular la propiedad de las edificaciones y al propietario del suelo el derecho a un crédito por el aumento de valor del mismo.

En Bélgica es un derecho real que confiere a su titular el derecho a usar y disfrutar de un inmueble ajeno mediante el pago de un canon anual.

b) Duración.

Francia: 18 años como mínimo; 99 años como máximo.

Polonia: 40 años como mínimo; 99 años como máximo.

Alemania: Duración indefinida.

Bélgica: 27 años como mínimo; 99 años como máximo.

c) Régimen de las obras realizadas por el titular del derecho.

En Francia todo lo construido, plantado o sembrado pertenece al dueño del suelo.

En Polonia el propietario del terreno hace suyo –al extinguirse el derecho– todo lo construido, plantado o sembrado.

En Alemania sucede lo mismo, con derecho a la indemnización de los gastos realizados por el titular del derecho.

En Bélgica el enfiteuta no podrá obligar al propietario del suelo a indemnizarle por las construcciones realizadas –que quedarán en propiedad de este último– cuando en el título constitutivo no se concedió al primero la facultad de edificar.

d) Evolución de la enfiteusis.

En Francia la enfiteusis se da raramente en la práctica.

En Polonia los poderes públicos recurren con frecuencia a esta figura jurídica para contener el precio del suelo.

En Alemania la “Erbbaurecht” no es frecuente aunque la Iglesia sí utiliza este recurso para conservar la propiedad del suelo y subsuelo de sus terrenos.

En Bélgica la enfiteusis es cada vez más utilizada (se recurrió a ella, por ejemplo, para la construcción del complejo universitario Louvain-la-Neuve). Pero la limitación temporal es un freno psicológico importante. También se emplea con fines de ahorro fiscal por sociedades, ya que el Impuesto de Transmisiones de las compraventas es muy elevado.

e) *El derecho de adquisición preferente.*

En Polonia es un derecho obligatorio. Caso de no haberse pactado, el usufructo perpetuo es nulo.

En Francia, Alemania y Bélgica no existe.

4. La extinción del arrendamiento por necesidad personal del propietario.

En todos los países, el propietario que necesite para sí la vivienda puede poner fin a la relación de arrendamiento. En Escocia es necesario que al celebrar el contrato el propietario se haya reservado expresamente este derecho.

5. La protección de la vivienda habitual del arrendatario.

No existe regulación jurídica especial en esta materia en la mayoría de los países.

En Polonia el arrendatario tiene derecho a ocupar otra vivienda en el supuesto de tener que abandonar transitoriamente la arrendada.

En Austria se protege especialmente a aquellas personas que tienen urgente necesidad de ocupar una vivienda.

En Alemania, en los arrendamientos de viviendas habituales se limitan las posibilidades de desahucio.

En Bélgica y en Suiza también hay normas especiales protectoras de este tipo de arrendamiento.

IV. La accesión y el derecho de superficie

1. Concepto.

De acuerdo con la mayoría de los países encuestados, la accesión atribuye la propiedad de cuanto ha quedado unido a un bien, de lo construido sobre un inmueble y de los frutos de una cosa al propietario de la principal. El derecho de superficie supone un fraccionamiento de la pro-

piedad, de modo que una persona se convierte en propietario de edificaciones construidas en suelo ajeno.

2. Actualidad del derecho de superficie.

En Austria y Escocia es una figura bastante rara en la práctica –a pesar de los esfuerzos del legislador urbanístico de este último país por fomentar su utilización.

En Francia, Hungría y Bélgica se da con cierta frecuencia, en particular cuando se trata de construcciones realizadas a cargo de ambos cónyuges en suelo privativo de uno de ellos (o viceversa).

3. Duración y modalidades.

En Austria, 10 años como mínimo y 100 años como máximo.

En Portugal y Escocia la duración puede ser indefinida –salvo para el *derecho de superficie urbanístico en este último país*.

En Bélgica, 50 años como máximo (según la mayoría de la doctrina).

4. La constitución del derecho de superficie entre cónyuges.

No cabe en Escocia, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los demás países. En Bélgica, si los cónyuges están casados bajo el régimen legal de comunidad de gananciales se precisa una previa modificación, con adopción de la separación de bienes.

5. Diferencias entre la accesión y el derecho de superficie.

La primera deriva de la ley y el segundo de un contrato (en todos los países encuestados). En realidad, el derecho de superficie es una derogación de la accesión.

6. ¿Desde cuándo se regula el derecho de superficie?

En Austria desde 1811.

En Portugal desde 1966 –aun cuando con anterioridad ya existían instituciones jurídicas semejantes.

En Bélgica desde 1804 (Código de Napoleón).

En Escocia no hay legislación en la materia (recordemos que sigue dicho país el sistema de “Common Law”).

En Turquía desde la aprobación del Código civil de 17 de febrero de 1926.

7. Forma y publicidad registral.

A excepción de Escocia, se requiere para la constitución del derecho de superficie el otorgamiento de una escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

8. El derecho de superficie y la construcción de viviendas de protección social.

Sólo en Portugal se recurre al derecho de superficie como instrumento para la construcción y adjudicación de viviendas sociales sobre suelo público.

V. Otros derechos

No se conocen en Francia, Suiza, Portugal ni Escocia.

En Polonia y Rusia hay que citar la construcción de viviendas en régimen de cooperativa. Esta última retiene la propiedad de lo edificado y transmite a sus socios un derecho a ocupar las viviendas, derecho que tiene carácter alienable –*inter-vivos* y *mortis-causa*–, incluso en procedimiento judicial o administrativo. Cuando se transmite el derecho, se requiere el otorgamiento de una escritura pública pero no la inscripción en el Registro de la Propiedad. Para adquirir la condición de socio de la cooperativa la ley impone determinados requisitos.

En Austria debe citarse el derecho conocido con el nombre de “Wohnungsgesetz”. Se trata de un derecho que faculta a su titular –que debe ser una sola persona, salvo que sean cónyuges– a ocupar una determinada habitación de una vivienda.

En la antigua República Democrática de Alemania también se conoció un régimen de construcción de edificios en cooperativas similar al vigente hoy en Rusia y Polonia.

La multipropiedad o “time-sharing” es otra institución jurídica que faculta para el uso y habitación de un inmueble, aun cuando suele aparecer ligada al disfrute de períodos vacacionales.

III. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA POSESIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

Este estudio, fechado en 1998, fue coordinado por Me. Michael Becker, Notario de Dresden (Alemania).

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO 1: LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. CAPÍTULO 2: EVOLUCIÓN HISTÓRICA (Alemania, Austria, Bélgica, República Checa, Eslovaquia, Estonia, Francia, Grecia, Holanda, Portugal, Rusia, Suiza y Turquía). CAPÍTULO 3: LA PROPIEDAD PRIVADA INMOBILIARIA. 1. La propiedad de la superficie terrestre. 2. El espacio aéreo. 3. El subsuelo. 4. La propiedad privada y el tiempo. 5. Los bienes muebles y la propiedad inmobiliaria. 6. Los frutos y la propiedad inmobiliaria. CAPÍTULO 4: LAS CONSTRUCCIONES COMO OBJETO DE UN DERECHO REAL. 1. Enumeración de las clases de propiedad inmobiliaria separada. 2. Aplicación práctica de la propiedad inmobiliaria separada. 3. La propiedad dividida: ¿propiedad temporal? 4. Las construcciones como objeto de derechos reales. 5. Contratos sobre construcciones independientes del suelo. CAPÍTULO 5: LA ENFITEUSIS. CAPÍTULO 6: LA PROPIEDAD DE UN EDIFICIO POR PISOS: LA PROPIEDAD HORIZONTAL. CAPÍTULO 7: LA PRUEBA DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. 1. Evolución histórica. 2. El Catastro. 3. El Registro de la Propiedad. 4. Otros medios de prueba. CAPÍTULO 8: LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES. 1. Los diferentes sistemas jurídicos. 2. El contrato obligatorio. 3. El contrato real. 4. La inscripción. 5. El pago de impuestos. 6. La gestión. CAPÍTULO 9: LOS REQUISITOS ADMINISTRATIVOS EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES INMUEBLES. 1. Las autorizaciones. 2. Las limitaciones de precios. 3. Las licencias urbanísticas. 4. La protección del medio ambiente. 5. La legislación agrícola. 6. Otras autorizaciones. 7. Los tanteos y retractos de Derecho Público. 8. Los tanteos y retractos de Derecho Privado. CAPÍTULO 10: EL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA. 1. Las superficies terrestres inalienables. 2. Los fraccionamientos de terrenos. CAPÍTULO 11: LOS ELEMENTOS PERSONALES (I): EL TRANSMITENTE. LA TRANSMISIÓN DE CUOTAS EN COMUNIDADES. CAPÍTULO 12: LOS ELEMENTOS PERSONALES (II): EL ADQUIRENTE. 1. Adquisición por personas físicas extranjeras. 2. Adquisición por personas jurídicas extranjeras. CAPÍTULO 13: LA TRANSMISIÓN Y LOS DERECHOS DE TERCEROS: LAS CARGAS REALES DE LA FINCA. CAPÍTULO 14: LA TRANSMISIÓN Y LOS ARRENDAMIENTOS. CAPÍTULO 15: LOS VICIOS DE LA COSA TRANSMITIDA. CAPÍTULO 16: LA GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO (I). CAPÍTULO 17: LA GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO (II). CAPÍTULO 18: LAS GARANTÍAS POSTERIORES A LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE.

LISTA DE LOS MIEMBROS DE LAS RESPECTIVAS DELEGACIONES
NACIONALES QUE HAN COLABORADO EN ESTA OBRA

PAÍS	NOMBRE	PROFESIÓN	LOCALIDAD
Alemania	Michael Becker	Notario	Dresden
Austria	Alfred Mejstrik	Notario-sustituto	Viena
Bélgica	J. Roelants de Stappers	Notario	Eupen
Bélgica	Robert Langhendries		
Bélgica	Alexander Mertens	Licenciado en Derecho y Notariado	
Chequia	Judith Skoupa	Notario	Praga
Eslovaquia	Tatiana Mickova	Notario	Martin
España	Alfonso Rentería	Notario	Excedente
Estonia	Karin Piirikivi	Notario	Pamun
Francia	Edmond Gresser	Notario	La Wantzenau
Grecia	Anastassia Rouméliotou	Notario	Atenas
Grecia	Eleni Brouma	Notario	Atenas
Holanda	E. G. Visser	Notario	Amsterdam
Hungría	Judit Bokai	Notario	Budapest
Irlanda	Walter Beatty	Solicitor	Dublín
Portugal	José de Carvalho Bothelo	Notario	Lisboa
Rusia	Anatoli Tikhenko	Notario	Moscú
		Pte. del Consejo Superior	
Suiza	Jean-Daniel Rumpf	Notario	Vevey
Turquía	Faysal Icin	Notario	Estambul

Introducción

La Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo de la Unión Internacional del Notariado Latino ha vuelto a ocuparse de realizar estudios de Derecho comparado con el fin de facilitar el conocimiento de los distintos sistemas jurídicos europeos. El presente trabajo obedece a las peticiones hechas por las delegaciones de los países de Europa del Este miembros de la Unión.

El objetivo de esta obra es proporcionar información a los inversores, a los notarios y, en general, a los juristas sobre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos en materia de Derecho Inmobiliario. Las cuestiones formuladas a los ponentes nacionales reflejan las preocupaciones de

quienes se acercan al despacho de un notario o de un abogado en busca de información.

Naturalmente, este estudio no tiene la pretensión de agotar la materia, por lo que muchos aspectos del Derecho Inmobiliario no están suficientemente tratados o no lo están en absoluto.

El notario se pregunta en su actividad profesional cuál es el régimen aplicable a la transmisión de inmuebles situados en el extranjero: esta obra le ofrece las primeras respuestas a sus interrogantes. De este modo, el notario podrá asesorar mejor a aquellas personas que acuden a él solicitando su consejo jurídico en materia internacional.

Agradezco a los ponentes, cuya lista figura anteriormente, su valiosa colaboración.

Dresden, 21 de marzo de 1998

Michael Becker
Notario de Dresden (Alemania)

Capítulo 1

Los fundamentos de la propiedad inmobiliaria

Los países a que se refiere esta obra tienen distintos orígenes culturales y jurídicos. Se hace por tanto necesario esbozar algunos datos históricos sin los cuales la comparación y la descripción sería incompleta además de incomprensible.

En Derecho romano, el derecho de propiedad comprendía tres elementos o facultades: el uso, el disfrute (comprendiendo en él la percepción de los frutos y rendimientos económicos de la cosa) y su disposición (física o jurídica).

Los sistemas europeos que son herederos de Roma consideran que estas tres facultades integran, indisolublemente, el derecho de propiedad de un sujeto único y sobre una cosa corporal.

En la Edad Media nació otra concepción del derecho de propiedad inmobiliaria. Dos factores contribuyeron a apartar de la mentalidad jurídica la idea de un exclusivismo del derecho de propiedad. El primero de ellos radicaba en el hecho de que para una civilización agraria –en la que el dinero era escaso y tenía poco valor– lo que más importancia económica tiene es el uso y disfrute material de los inmuebles. Sin embargo, no todos los que obtienen alguna utilidad de una misma cosa tienen los mismos derechos sobre ella. Puede darse una coexistencia de múltiples derechos que se entrecruzan; por ejemplo, tratándose de una finca rústi-

ca cabe pensar en derechos sobre su superficie, sobre el subsuelo, sobre las aguas, sobre sus frutos, sobre servicios prestados en dicha finca... El sistema feudal se caracterizó por una división y coexistencia de diferentes derechos sobre el mismo terreno. Tuvo lugar una desmembración de la propiedad en distintos dominios, cada uno de los cuales estaba caracterizado por las facultades que atribuía a su titular, y cuya adición integraba la propiedad.

La propiedad inmobiliaria se convirtió de este modo en incorporal, pasando a configurarse como un valor económico digno de protección jurídica (definición inglesa de "estate"). Son los llamados derechos reales que existen en todos los sistemas jurídicos europeos a que se refiere esta obra.

La idea de la desmembración del derecho de propiedad ha evolucionado posteriormente. La posición jurídica del señor feudal fue ocupada luego por otras sociedades e instituciones que se convirtieron en titulares absolutos del dominio sobre el territorio, renunciando parcialmente a su situación de privilegio lo que hacía posible reconocer derechos singulares de ciertos sujetos sobre determinados bienes inmuebles.

En las civilizaciones negro-africanas y orientales la tierra ha sido tradicionalmente objeto de una veneración especial y, por tanto, de un estatuto jurídico particular: el titular del dominio de la misma era el grupo social. La comunidad trataba de mantener intacto el lugar sobre el que radicaban sus bienes y, al mismo tiempo, la tierra aseguraba la continuidad y la vida del grupo. La venta de bienes inmuebles estaba muy restringida, limitada a aquellos supuestos en los que la transmisión era el único medio de satisfacción de necesidades colectivas. No obstante, se consideraba radicalmente nula la atribución privativa de una porción de terreno a extranjeros, bien a título gratuito bien a título oneroso.

En los regímenes comunistas la propiedad en cooperativa modificó la idea de indivisibilidad de los bienes inmuebles y configuró un derecho de dominio a medio camino entre la propiedad estatal y la propiedad privada. La propiedad cooperativa estuvo constitucionalmente reconocida en todos los países comunistas. Se trataba de un titular colectivo que podía hacer valer su derecho de propiedad frente al Estado. Sin embargo, dicha titularidad no siempre estuvo caracterizada por un espíritu de colaboración entre los miembros de la cooperativa. Las razones son difíciles de precisar y tampoco es éste el lugar apropiado para su análisis. En cualquier caso, debemos destacar el hecho de que las sociedades cooperativas estaban legalmente obligadas a producir todo cuanto el Estado fijaba en sus presupuestos agrícolas. Diremos también que el Estado soviético retuvo en su poder la mayor parte de los terrenos que integraban su territorio, concediendo únicamente derechos colectivos sobre la titularidad de los edificios y otras construcciones.

La propiedad privada estatal representa una posterior evolución en cuanto a las formas de propiedad inmobiliaria. Se distingue de la propiedad estatal de los regímenes comunistas en que aquélla no obedece a consideraciones de orden político o filosófico. La propiedad comunista constituía la suprema manifestación del dominio, ya que pertenecía al pueblo en su conjunto.

Capítulo 2

Evolución histórica (desde comienzos del siglo XIX)

En Alemania pocas modificaciones se han producido desde 1900 en Derecho Inmobiliario. En las regiones del Este, entró en vigor el Código civil Socialista (“Zivilgesetzbuch”), en el que la propiedad privada fue abolida. Después de la reunificación alemana, se aplica un Derecho transitorio que intenta reconducir las figuras jurídicas de la Alemania del Este a las que contempla el BGB. Se trata de una tarea compleja ya que existen muchos títulos que habilitan para la posesión de los bienes inmuebles que no pueden equipararse íntegramente al derecho de propiedad. Se hace necesario, en ocasiones, forzar la extensión del concepto clásico de la institución dominical para conceder tal *status* jurídico a titularidades confusas, lo que va en detrimento de los propietarios que se vieron desposeídos de sus bienes con la llegada del régimen comunista.

En Austria las normas que integran el Derecho Inmobiliario se encuentran recogidas en el Código civil (“Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch”), vigente desde el año 1811. La organización del Registro de la Propiedad y las reglas sobre procedimiento registral están contenidas en la Ley del Registro de la Propiedad, que data de 1955 (que constituye una síntesis y recopilación de las normas vigentes hasta entonces). Desde 1980, la inscripción en el Registro de la Propiedad se hace por medios mecánicos e informáticos de reproducción, sin que dicha modificación haya tenido trascendencia alguna en cuanto a los principios ni fundamentos de la institución registral.

En Bélgica el Derecho Inmobiliario se rige por las disposiciones del Código civil, directamente inspirado en el Código de Napoleón. Las modificaciones más recientes afectan principalmente a la propiedad horizontal, a la ordenación del territorio y al urbanismo.

En Chequia desde 1811 se aplicó el Código civil austriaco (ABGB) ya que este país formaba entonces parte del Imperio Austro-Húngaro. En 1918, la República de Checoslovaquia adoptó este Código civil, inspirado en el principio romano *superficies solo cedit* y que subordina la adquisición del

dominio a la inscripción de la transmisión en el Catastro. El ABGB ha estado vigente en Chequia hasta 1950, fecha en la que comenzó a aplicarse el llamado Código civil socialista. Esta norma abolió los dos principios antes mencionados, instaurando la regla *superficies solo non cedit* y considerando que la adquisición del dominio se producía con la perfección del contrato y no con la inscripción. En 1964, se promulgó el Código civil que –con ciertas modificaciones, como la de 1992– se encuentra actualmente en vigor. En él se sigue el principio de *superficies solo non cedit* y se señala que corre a cargo del notario la inscripción catastral de la transmisión inmobiliaria. En 1992 se reformó el Código civil y se calificó al notario como un profesional liberal, por lo que la inscripción catastral quedó atribuida a las correspondientes dependencias administrativas.

En Eslovaquia la Orden Ministerial número 222, de 15 de diciembre de 1855 contenía las directrices para la organización del catastro inmobiliario (recordemos que entonces Eslovaquia formaba parte del Imperio Austro-Húngaro). En 1951, la regla de la inscripción catastral constitutiva fue abolida de forma que la adquisición de la propiedad de los inmuebles tenía lugar en el mismo momento de perfección de los contratos –aun cuando se admitía, no obstante, la voluntaria inscripción catastral–. Desde el 1 de abril de 1964, se reformó el régimen catastral admitiéndose tan sólo la constancia tabular del uso de los inmuebles (ya que el régimen comunista no reconocía la propiedad privada sobre estos bienes). Después del golpe de Estado de 1989, se volvió al sistema originario de inscripción catastral constitutiva, determinante de la adquisición del dominio de los bienes inmuebles. Esta es la situación actual. Se estudia la informatización del catastro.

En Estonia al comienzo del siglo xx se aplicaban las siguientes normas: la legislación especial báltica, un Código que se componía de unos 4.600 artículos y la Ley Notarial del Imperio ruso. Un año después de la independencia de Estonia, en 1918, fue publicada la Ley Inmobiliaria que modificó la legislación general báltica. Estos textos legales estuvieron en vigor hasta el año 1940. En esta fecha se terminaron los trabajos de redacción del Código civil que, por causa de la ocupación soviética, no llegó a entrar en vigor. Durante dicha ocupación (de 1941 a 1944 y de 1944 a 1991) las leyes soviéticas fueron aplicables en Estonia. La propiedad privada estaba restringida a los bienes muebles, ya que la tierra pertenecía al Estado. Tras la liberación nacional, se promulgaron las leyes sobre Derechos Reales y sobre Registro de la Propiedad (ambas en 1993) y entró en vigor el Código civil (1994).

En Francia, desde el triunfo de la Revolución de 1789, el derecho de propiedad ha sido considerado como el derecho real por excelencia, que permite a su titular ejercer el más amplio poder sobre una cosa. Se com-

pone de tres facultades: uso, disfrute y disposición. El Código civil es la sede natural del Derecho Inmobiliario francés (arts. 544 y ss.).

A comienzos del siglo xx en Grecia, en virtud del Decreto-Ley 23-2/7-3 de 1835, era el Derecho bizantino-romano y el consuetudinario el que regía la propiedad inmobiliaria. Estuvo en vigor este sistema hasta la entrada en vigor del Código civil (Decreto-Ley 2250/1940): es decir, hasta el año 1946. En el Derecho bizantino-romano la propiedad confiere *ius utendi, fruendi, disponendi et abutendi*. En el Derecho vigente, este omnímodo poder se ha visto sensiblemente reducido bien por efecto de la aplicación de normas generales –como la Constitución, que prevé la institución de la expropiación de inmuebles por causa de utilidad pública– bien por el propio Código civil que, en su artículo 281, prohíbe el abuso de derecho del propietario. También han sido introducidas limitaciones al derecho de propiedad en la legislación especial; la existencia de otros derechos reales sobre la misma cosa –sean voluntarios, sean legales– constituye otra limitación al dominio. El Código civil ha modernizado, además del derecho de propiedad, el sistema registral y el derecho de usufructo. La enfiteusis y el derecho de superficie son figuras abolidas por el Código, por considerar que puede lograrse su finalidad recurriendo a instituciones similares, como el arrendamiento o la propiedad horizontal. El Decreto-Ley 2783/1941 o “Ley de Introducción del Código civil” contiene importantes disposiciones transitorias y, en sus artículos 58 y 59, atribuye al enfiteuta o superficiario un derecho de adquisición preferente del terreno, por causa de utilidad pública. El Código civil reconoce la institución de la usucapión extraordinaria, que no requiere la buena fe del *usucapiens* (art. 1.045), contrariamente a lo que sucedía en el Derecho bizantino-romano. Son también normas de excepcional interés en materia inmobiliaria la Ley 3741/1929 y el Decreto-Ley 1024/1971. La *traditio* posesoria de los bienes inmuebles no es siempre necesaria. Se reduce el modo al mero acuerdo contractual de voluntades. Puede decirse que la inscripción registral ha sustituido en Grecia a la entrega posesoria. El principio bizantino-romano *nemo dat quod non habet* también está recogido en el Código civil.

En Holanda, a pesar de la publicación del nuevo Código civil –en vigor desde el día 1 de enero de 1991– no se han producido modificaciones de interés en materia inmobiliaria.

En Portugal puede decirse igualmente que son pocas las transformaciones sufridas por el Derecho Inmobiliario. Entre ellas podemos citar las siguientes: la enfiteusis ha sido suprimida, se ha difundido extraordinariamente el régimen de propiedad horizontal y comienza a introducirse la figura del “time-sharing”, sobre todo en el sur del país –de especial interés turístico.

En Rusia, por el contrario, han sido muchas las modificaciones experimentadas por el Derecho Inmobiliario en este siglo. En los años 1900 a 1917, el derecho de propiedad representaba el más pleno poder que una persona tenía sobre una cosa, que le facultaba para su posesión, su uso y disposición sin más límites que los establecidos por las leyes. Descansaba el concepto de propiedad en el procedente del Derecho romano, como en la mayor parte de los países de Europa. Había diferentes formas de propiedad, como la propiedad del Estado y la propiedad privada. Los inmuebles, y en particular el suelo, eran objeto de propiedad privada. El agua y las carreteras eran consideradas como bienes inmuebles. El contenido del derecho de propiedad estaba caracterizado por la propia naturaleza de la cosa objeto del derecho. Sobre un mismo inmueble cabía diferenciar entre varios derechos de propiedad: por ejemplo, existía el derecho de propiedad sobre aguas situadas en terrenos ajenos (lagos, estanques...). Desde 1917 a 1990 el panorama descrito cambia radicalmente. Después de la transformación socio-política que el triunfo de la Revolución de octubre de 1917 supone, la actitud hacia el derecho de propiedad privada —considerado como el típico símbolo de la mentalidad capitalista— sufre un giro de ciento ochenta grados. Una de las primeras decisiones legislativas de los Soviets fue el Decreto de la Tierra, que abolió la propiedad privada sobre bienes inmuebles. Las transformaciones políticas acaecidas en el país hasta 1990 no consiguieron levantar esta prohibición: sólo se reconocía la propiedad inmobiliaria a favor del Estado, de las organizaciones sociales o de las cooperativas. El único bien inmueble que pudo ser objeto de propiedad privada de los ciudadanos rusos fue la vivienda habitual. Pero, a partir de 1990, el suelo y todas las construcciones vuelven a poder constituir el objeto propio del dominio privado.

En Suiza, la Constitución Federal de 1848 (revisada en 1874 y en 1999) define a Suiza como un Estado compuesto de 26 cantones soberanos. Esta estructura federal tiene también repercusiones importantes en el ámbito ius-privatístico. En Derecho Inmobiliario, hay que tener en cuenta tres posibles fuentes legislativas: la Confederación, los Cantones y los Ayuntamientos. La unificación jurídica comenzó con el Derecho civil, en particular por el Derecho de Obligaciones y el de Propiedad Intelectual. Ha continuado con el Derecho Penal y con la creación del Derecho de la Seguridad Social.

Sin embargo, actualmente, el procedimiento civil y el penal son materias reservadas a la legislación cantonal, excepción hecha de la ejecución singular y colectiva por deudas. Cada cantón tiene su legislación complementaria (leyes de introducción o de aplicación) al Código civil y al Código de las Obligaciones. No es posible describir el sistema propio de cada cantón, por lo que todas las referencias posteriores se harán en este estu-

dio al Derecho Inmobiliario Confederal, complementado por el Derecho del Cantón de Vaud. Recordemos que el Código civil suizo fue promulgado el 10 de diciembre de 1907 y que entró en vigor en 1912. Se compone de cinco libros. El primero, dedicado a las personas; la familia es el objeto del segundo libro; el tercero trata del régimen sucesorio y el cuarto se ocupa de la propiedad, la posesión y los derechos reales. El quinto libro, el más importante, se refiere a las obligaciones. Desde 1912, las modificaciones más relevantes en materia inmobiliaria han afectado a las siguientes instituciones: uniformización del Registro de la Propiedad –de carácter federal–, Derecho agrícola, Inversiones de extranjeros y Propiedad Horizontal.

En Turquía es decisiva la fecha del 4 de abril de 1926, en la que apareció publicado en el Boletín Oficial del Estado el Código civil turco –en vigor desde el día 4 de octubre del mismo año–. También se publicó en igual fecha la Ley de Obligaciones. El Derecho Inmobiliario aparece regulado en los artículos 632 a 852 del citado Código –directamente inspirado en el Código civil suizo–. Se trata de un texto legal que contiene normas de *Derecho moderno y occidental*. Una de las más importantes revoluciones llevadas a cabo por Atatürk, tras el hundimiento del Imperio otomano, fue la publicación del Código civil turco. Con anterioridad a 1926, estaba vigente una compilación de 1851 artículos denominada “Mecelle” –o Código de la Religión musulmana– inspirada en normas religiosas, con escasas referencias a los contratos.

Capítulo 3

La propiedad privada inmobiliaria

1. La propiedad de la superficie terrestre.

Alemania, Austria, Bélgica, Estonia, Hungría, Francia, Holanda, Portugal, Eslovaquia, Suiza y Chequia reconocen la propiedad privada que tiene por objeto la superficie terrestre. En Grecia, la propiedad de la superficie terrestre tiene igual contenido cualquiera que sea su titular –el Estado, la Administración Pública o los particulares.

En Rusia caben tres formas de propiedad sobre la tierra: la privada –cuyos titulares son los particulares–, la estatal y la municipal. En realidad, todas aquellas propiedades inmobiliarias que no son ni estatales ni municipales se consideran como privadas (de personas físicas o jurídicas particulares, sean mercantiles, no mercantiles, religiosas, fundaciones, sociales, etc.).

De acuerdo con el artículo 641 del Código civil turco tanto el Estado como las personas particulares, sean físicas o jurídicas, pueden ser titulares de la propiedad del suelo.

2. El espacio aéreo.

El dueño de un terreno, ¿puede ser considerado propietario del espacio aéreo del mismo? En caso afirmativo, ¿hasta qué altura?

En Alemania el espacio aéreo es susceptible de ser considerado objeto de derechos subjetivos con ciertas limitaciones. Es decir, la propiedad de un fundo se extiende verticalmente al espacio aéreo superior; sin embargo, el propietario no puede prohibir actividad alguna que se desarrolle en una altura en la que no pueda él tener legítimo interés de exclusión (parágrafo 905 BGB).

En Austria se reconoce la propiedad del espacio aéreo pero sólo en la zona en la que el propietario pueda ejercer una influencia objetiva.

En Bélgica el derecho de propiedad se extiende también al espacio aéreo. Una consecuencia de esto es que el propietario del terreno puede civilmente construir edificios sin límite alguno de alturas –aun cuando existen limitaciones de tipo urbanístico–.

En Chequia la ley civil no regula expresamente este supuesto.

En Eslovaquia el dueño del suelo es también propietario del espacio aéreo correspondiente, sin límite de altura.

En Estonia el espacio aéreo pertenece en pleno dominio al propietario del suelo hasta aquella altura que interesa al propietario.

En Francia la propiedad del suelo lleva consigo la del espacio aéreo superior.

En Grecia, de acuerdo con el artículo 1.001 del Código civil, la propiedad de un inmueble comprende también el espacio aéreo sin límite alguno, salvo disposición legal en contrario. Sin embargo, el dueño no puede prohibir aquellas intromisiones que no le perjudican. Según el artículo 1.002 del Código civil, la propiedad separada de una planta de un edificio o de parte de ella sólo puede ser atribuida por el dueño del inmueble (se refiere este artículo a la Propiedad Horizontal, regulada por la Ley 3741/1929, completada por el Decreto-Ley 1024/1971).

En Holanda el propietario de un terreno es también dueño del espacio aéreo. No obstante, existen algunas limitaciones legales, entre las que destaca el principio de la función social de la propiedad.

En Hungría el espacio aéreo se considera siempre como de propiedad estatal.

En Portugal la propiedad del suelo se extiende también al espacio aéreo, aun cuando no puede legítimamente impedir los actos de terceros que no le causen perjuicio alguno.

En Rusia el espacio aéreo es de propiedad estatal.

En Suiza, la propiedad de un fundo lleva consigo la del espacio aéreo correspondiente a su superficie, pero sólo hasta la altura en la que el dueño puede tener algún interés de explotación. El propietario del suelo puede levantar en él construcciones e impedir el vuelo de aeronaves a baja altura (cuando dicha navegación le depare perjuicios o molestias). De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de la Confederación, el espacio aéreo sólo está a disposición del tráfico de aeronaves cuando no perturba los derechos del propietario del terreno.

En Turquía la propiedad del suelo se extiende también a las capas de aire que el propietario tiene interés en utilizar.

3. El subsuelo.

A) *El propietario de un terreno, ¿es también dueño del subsuelo y de los bienes que encuentren en él, especialmente cuando se trata de recursos mineros o análogos?*

En Alemania la propiedad del suelo no lleva consigo la de las aguas subterráneas. Las riquezas que en él se encuentren, salvo los recursos mineros, pertenecen al propietario del terreno.

En Austria rige el mismo criterio que respecto del espacio aéreo.

En Bélgica la propiedad del suelo se extiende también al subsuelo (hasta el centro del planeta). El dueño del terreno puede explotar el subsuelo y a él pertenecen los tesoros y riquezas que contenga.

En Chequia el subsuelo y todos los recursos y riquezas que en él se hallen son de titularidad estatal.

En Eslovaquia la propiedad del suelo se extiende también al subsuelo, excepción hecha de los recursos y riquezas minerales (oro, carbón, petróleo, piedras preciosas...) y de las aguas subterráneas y manantiales.

En Estonia la propiedad de la superficie se extiende también al subsuelo —en la profundidad que el dueño puede racionalmente explotar—. No obstante, los recursos mineros son de titularidad estatal.

En Francia el dueño del suelo lo es también del subsuelo. Puede aquél hacer cuantas excavaciones tenga por conveniente, con sujeción a la legislación administrativa y de minas.

En Grecia el propietario del terreno es igualmente dueño del subsuelo, salvo disposición legal en contrario —por ejemplo, la legislación de minas— (art. 1.001 Código civil). Son también propiedad privada las aguas subterráneas y los manantiales.

En Holanda el dueño del suelo es también propietario del subsuelo y de todas las riquezas que se hallen en él, excepción hecha de los recursos mineros (entre los que se incluyen el carbón y el petróleo).

En Hungría la propiedad de un fundo no se extiende a las riquezas y recursos que se encuentren en el subsuelo.

En Portugal rigen las mismas reglas que para el espacio aéreo.

En Rusia el subsuelo y todos los recursos y riquezas que en él se hallan (recursos minerales, energéticos, etc.) son de propiedad estatal y están excluidos de todo tráfico jurídico (venta, permuta, herencia, donación, depósito, prenda, hipoteca, etc.).

En Suiza la propiedad del suelo se extiende también al subsuelo y a sus riquezas (excepción hecha de los recursos minerales) en la medida en que su explotación pueda tener algún interés para el propietario. Este último puede construir en el subsuelo y asegurar en profundidad las construcciones superficiales (en ambos casos, sin limitación alguna –salvo perjuicios a terceros–). No obstante, la legislación minera de la mayor parte de los cantones ha limitado los derechos de explotación del subsuelo.

En Turquía las construcciones, las plantaciones y los recursos y riquezas del subsuelo pertenecen al dueño del terreno (art. 644 del Código civil).

B) *¿A quién pertenecen los recursos y riquezas del subsuelo?*

En Alemania al propietario del suelo –salvo que se trate de recursos mineros.

En Austria y en Portugal al propietario del suelo sin restricciones.

En Bélgica el propietario del suelo es también dueño del subsuelo (sin perjuicio de las limitaciones de orden administrativo, como hallazgos arqueológicos, recursos mineros...).

En Chequia la exploración y explotación de los recursos y riquezas del subsuelo están reguladas en la legislación minera.

En Eslovaquia la titularidad y explotación de las riquezas y recursos del subsuelo se atribuye al Estado.

En Estonia los recursos del subsuelo sólo pueden ser explotadas con autorización del Estado (cualquiera que sea la titularidad del terreno, pública o privada).

En Francia el derecho a realizar excavaciones no es absoluto sino limitado por la legislación administrativa (como, por ejemplo, en materia de investigaciones arqueológicas, aguas minerales, etc.). Los sondeos que excedan de cierta profundidad están sometidos también a autorización administrativa.

En Grecia, según el artículo 1.001 del Código civil, la propiedad del terreno se extiende también al subsuelo salvo disposición legal en contrario. De acuerdo con el Decreto-Ley 210/1973, esta extensión del dominio no comprende los recursos mineros. Corresponde al Estado el derecho de exploración y explotación de los mismos, que puede ser cedido a

un tercero. En cuanto a las canteras, su propiedad pertenece al dueño del terreno, quien tiene derecho a su explotación bajo las condiciones y con las limitaciones que deriven de la legislación especial.

En Holanda los recursos y riquezas del subsuelo pertenecen al dueño del terreno –salvo los recursos mineros.

En Hungría todos los recursos y riquezas del subsuelo son de titularidad estatal.

En Rusia cualquier persona física o jurídica –incluso los extranjeros– pueden ser concesionarios del derecho de explotación de los recursos y riquezas del subsuelo, siempre y cuando la legislación especial admita la posibilidad de otorgar tales concesiones.

En Suiza el propietario de una cosa es considerado también como el dueño de todas sus partes integrantes. Es parte integrante de una cosa la que inseparablemente está unida a ella, de manera que no puede separarse sin deterioro de la principal. Se consideran por la ley partes integrantes los frutos naturales antes de su separación, las construcciones y las plantaciones, los manantiales y las aguas subterráneas (salvo las de dominio público según la legislación cantonal respectiva).

En Turquía los recursos y riquezas del subsuelo pertenecen al propietario del terreno.

4. La propiedad privada y el tiempo.

En Alemania y en Holanda, sólo en determinados casos el propietario de una construcción está obligado a restituirla al propietario del suelo una vez transcurrido un cierto período de tiempo. Otra limitación temporal del derecho de propiedad se da en la figura del “time-sharing”.

En Bélgica el derecho de propiedad tiene una duración indefinida. Sólo en ciertos casos puede hablarse de una “propiedad temporal”: usufructo cuyo titular sea una persona jurídica, derecho de superficie, etc.

En Austria, Estonia, Francia, Hungría, Portugal, Rusia y Chequia el derecho de propiedad es siempre de carácter perpetuo, sin restricciones.

En Grecia la duración del dominio es ilimitada, salvo en los supuestos de “time-sharing”. No cabe la prescripción extintiva del derecho de propiedad.

En Suiza se aplica la misma regla: el derecho de propiedad es de duración indefinida. La inscripción en el Registro de la Propiedad es constitutiva del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. No obstante, el que adquiere un inmueble por ocupación, sucesión, expropiación o ejecución forzosa es considerado propietario con anterioridad a la inscripción registral pero no puede disponer de su derecho en tanto su adquisición no quede reflejada tabularmente. El derecho de superficie confiere

a su titular la facultad de construir sobre un terreno ajeno adquiriendo la propiedad de lo edificado; se trata de una derogación del principio general de la accesión (“el dueño de un terreno es también propietario de todo lo que en él se construya o plante”). Este derecho, considerado como una servidumbre, puede constituirse con carácter personal o con carácter *ob rem* (cuyo titular sea el propietario de una determinada finca). El derecho de superficie establecido con carácter personal debe hacerse en escritura pública y su duración no puede exceder de cien años.

En Turquía la propiedad se configura como un derecho perpetuo, no limitado por el transcurso del tiempo.

5. Los bienes muebles y la propiedad inmobiliaria.

A) *¿Qué bienes muebles se entienden comprendidos, salvo pacto en contrario, en la transmisión de un bien inmueble?*

En Alemania, Holanda y Hungría son parte integrante de los inmuebles aquellos bienes muebles que se encuentren unidos a ellos de manera que no puedan separarse sin su quebranto o deterioro. Se consideran bienes inmuebles los frutos pendientes de separación. Como consecuencia de la accesión, las construcciones y plantaciones pertenecen, de ordinario, al dueño del terreno.

En Austria, como regla general, los bienes muebles no quedan comprendidos en la transmisión de un inmueble, salvo pacto en contrario—que usualmente hará referencia a su específica contraprestación—. No obstante, los muebles inseparablemente unidos al inmueble forman parte de éste y no cabe su transmisión independiente.

En Bélgica son bienes inmuebles los muebles destinados por su propietario a la explotación de un inmueble y los unidos a ellos inseparablemente.

En Chequia forma parte del patrimonio del propietario del terreno todo aquello unido naturalmente a él y que no puede separarse sin su deterioro. Son accesorios del inmueble los bienes muebles pertenecientes al propietario de aquél y destinados por él mismo a ser utilizados de manera permanente en su explotación.

En Estonia son bienes inmuebles las construcciones, los bosques y las plantaciones.

En Francia se consideran bienes inmuebles las cosas muebles que el propietario de aquéllos ha destinado a la explotación de los primeros (art. 524 Código civil).

En Grecia las partes integrantes de un inmueble que no pueden separarse de él sin deterioro o alteración sustancial no pueden ser objeto independiente del derecho de propiedad (art. 954 Código civil).

En Portugal se consideran bienes inmuebles las cosas muebles que guardan relación con lo construido, aun cuando no pierdan su identidad.

En Suiza el propietario de una cosa es también dueño de todas sus partes integrantes. Son partes integrantes los elementos unidos a la cosa material y permanentemente, para formar una sola, y de la que no pueden separarse sin su destrucción, deterioro o alteración. Son bienes inmuebles los frutos pendientes de separación y las construcciones, plantaciones, manantiales y aguas –excepción hecha de las consideradas por la legislación cantonal como de dominio público.

En Turquía la propiedad del terreno comprende también –ya lo hemos visto– el dominio del espacio aéreo y del subsuelo, en la medida en que su explotación tenga interés para el *dominus*. Las construcciones y plantaciones son consideradas bienes inmuebles (art. 644 Código civil).

B) *Los bienes muebles como parte integrante de los establecimientos mercantiles.*

En Alemania y Holanda, las máquinas y los útiles de trabajo pueden ser considerados, en casos determinados, como partes integrantes del inmueble (parágrafo 98.1 BGB).

En Austria no existen especialidades por razón del destino del inmueble como establecimiento mercantil.

En Bélgica los requisitos establecidos por la doctrina y por la jurisprudencia para calificar como inmuebles por destino a determinados bienes son los siguientes:

- Unidad patrimonial.
- Explotación económica.
- Un inmueble preparado para ubicar en él dicha explotación.
- El ejercicio de la explotación en dicho inmueble.

No es necesario que la afección del inmueble a la explotación se haga a perpetuidad. Las mercancías –a diferencia de la maquinaria, los útiles de trabajo y el mobiliario– no se consideran bienes inmuebles por destino.

En Chequia los objetos muebles no forman parte integrante de las construcciones.

En Eslovaquia sólo se consideran bienes inmuebles las construcciones cimentadas establemente en un terreno; las demás construcciones son bienes muebles.

En Estonia forman parte del inmueble las máquinas y útiles de trabajo.

En Francia se consideran bienes inmuebles las máquinas, útiles de trabajo y mobiliario incorporados a la explotación.

En Grecia se habla de elementos accesorios, es decir, cosas muebles que, no siendo partes integrantes del inmueble principal, han sido des-

tinadas para servir de manera permanente a una finalidad económica y que se ubican en el inmueble en el que se lleva a cabo la explotación. Los actos y negocios jurídicos que tengan por objeto el inmueble principal se entienden también otorgados, en caso de duda, respecto de los elementos accesorios. Así, por ejemplo, las máquinas y utensilios utilizados en una empresa con carácter habitual se consideran como elementos accesorios del inmueble (art. 959 Código civil).

En Hungría el derecho de propiedad se extiende a sus partes integrantes –todas aquellas cosas unidas inseparablemente al inmueble principal de tal modo que su separación acarrearía la destrucción o una considerable disminución del valor de cualquiera de ellas–. En caso de duda, el derecho de propiedad comprenderá también todo cuanto no siendo una parte integrante del inmueble sirve, no obstante, para una mejor utilización o conservación de la misma (elementos accesorios).

En Portugal se consideran partes integrantes de un inmueble todas las cosas muebles materialmente unidas a aquél con carácter de permanencia (art. 204 del Código civil).

En Rusia los edificios construidos adquieren la naturaleza de bienes inmuebles una vez otorgado el documento de recepción de las obras e inscrito en el registro administrativo correspondiente. Hasta entonces, el edificio en construcción es calificado como una obra pendiente de terminación.

En Suiza los elementos accesorios de un establecimiento mercantil pueden pertenecer en pleno dominio a quien no sea dueño del inmueble. Sin embargo, la ley presume que todo acto o negocio de disposición de un inmueble tiene también como objeto sus elementos accesorios –salvo pacto expreso en contrario–. Son elementos accesorios las cosas muebles que se afectan de modo estable a una determinada explotación económica –sea a su ejercicio sea a su conservación–. Pensemos en la maquinaria, el mobiliario, las instalaciones, etc. Pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad los elementos accesorios.

C) *Los bienes muebles como parte integrante de una explotación agraria.*

En Alemania y Holanda los aperos y los animales, las semillas y los demás instrumentos de trabajo afectos a una explotación agraria se consideran como bienes inmuebles (parágrafo 98.2 BGB).

6. Los frutos y la propiedad inmobiliaria.

¿Hasta qué momento son los frutos considerados como bienes inmuebles?

En todos los países a que se refiere esta obra los frutos son considerados bienes inmuebles hasta el momento de su separación.

Capítulo 4

Las construcciones como objeto de un derecho real

1. Enumeración de las clases de propiedad inmobiliaria separada.

En Austria la regla general indica que todas las construcciones realizadas en suelo ajeno pertenecen al propietario del terreno, quien deberá indemnizar el valor de lo construido a quien hubiere edificado de buena fe. El derecho a construir puede ser objeto de gravámenes; cabe, incluso, la publicidad registral de estas cargas.

El derecho a construir es transmisible *inter-vivos* y *mortis-causa*.

En cuanto a la construcción temporal en terreno ajeno –“Superädifikat”–, a la que se refiere el artículo 435 del Código civil, el requisito esencial es que se trate de edificaciones desmontables; por ejemplo, una cabaña, un hangar... No cabe reclamar indemnización alguna del propietario del suelo. La “Superädifikat” puede ser gravada y transmitida –incluso *mortis-causa*–. Los títulos documentales que se refieren a la adquisición, transmisión o gravamen de la “Superädifikat” pueden depositarse en el Registro de la Propiedad mediante un procedimiento especial (“Urkundenhinterlegung”). La reciente eliminación de las limitaciones al tráfico jurídico de la facultad de construir hace presagiar la pronta desaparición de la figura de la “Superädifikat”.

En Bélgica son conocidas las siguientes instituciones:

— La enfiteusis

— El derecho de superficie –que lleva consigo una derogación del principio de la accesión.

En Chequia, en virtud del principio *superficies solo non cedit*, las construcciones pueden pertenecer en propiedad a quien no sea dueño del suelo. Las relaciones entre ambos propietarios se asimilan a las de un arrendamiento, incluso en el supuesto de que el propietario del terreno sea el Estado. Recordemos que es la Ley sobre Derechos y Libertades Fundamentales la que establece qué bienes deben necesariamente ser propiedad del Estado, de los Ayuntamientos y de otras personas jurídico-públicas y cuáles deben pertenecer a personas físicas o jurídico-privadas nacionales –no extranjeras.

En Eslovaquia el propietario del suelo y el de la edificación pueden ser personas o entidades diferentes.

En Estonia el derecho de propiedad del edificio es conocido como “Erbbaurecht”.

En Francia el propietario de una construcción puede ser otro que el dueño del suelo en los siguientes supuestos: derecho de superficie, arrendamiento para construcción y enfiteusis.

En Grecia no se admite la propiedad de un edificio como independiente del dominio del suelo. Toda construcción es parte integrante del terreno y, por tanto, no cabe su disposición separada.

En Holanda son figuras que implican la desmembración de la propiedad inmobiliaria el derecho de usufructo, los de uso y habitación, la comunidad, la enfiteusis, el derecho de superficie y la condición de socio de una cooperativa propietaria de una edificación (condición que lleva consigo la de propietario de un determinado departamento independiente del edificio).

En Hungría también la cualidad de socio de una cooperativa atribuye la condición de propietario de un departamento concreto del edificio.

En Portugal cabe hablar de las siguientes figuras que provocan una desmembración del derecho de propiedad de un inmueble: el derecho de superficie, el derecho de usufructo, los de uso y habitación, el “time-sharing” y la propiedad horizontal.

En Rusia la legislación permite que un edificio pertenezca en propiedad a persona distinta del dueño del terreno en el que aquél se ubica.

En Suiza cabe hablar del derecho de superficie, del usufructo y del derecho de habitación.

En Turquía se conoce la figura de la propiedad horizontal –en la que coexisten la propiedad privativa de los departamentos independientes junto con la colectiva de los elementos comunes.

2. Aplicación práctica de la propiedad inmobiliaria separada.

En Alemania occidental es menos frecuente la propiedad inmobiliaria separada que en los nuevos “Länder”. El derecho de superficie suele ser constituido por entidades religiosas, por los Ayuntamientos y por personas físicas –estas últimas, por vía hereditaria–. En Alemania oriental está más difundida la propiedad separada –sea por derecho de superficie sea por derecho de usufructo–. Son habituales las construcciones no destinadas a vivienda cedidas en usufructo.

En Austria no es muy frecuente la desmembración de la propiedad inmobiliaria.

En Bélgica la enfiteusis y el derecho de superficie son instituciones poco utilizadas –a pesar de las ventajas de orden fiscal que llevan anejas–. No obstante, en promociones inmobiliarias con gran número de departamentos suele recurrirse a la “renuncia de la accesión”, que tiene como consecuencia la posibilidad de realizar actos de disposición sobre lo edificado y sobre el suelo con total y absoluta independencia.

En Estonia se recurre sobre todo a la figura de la propiedad horizontal.

En Hungría la propiedad inmobiliaria separada es muy frecuente.

En Holanda, es en las zonas urbanas donde aparece con más frecuencia la desmembración de la propiedad inmobiliaria.

En Portugal tampoco es muy frecuente la aplicación práctica de las formas de propiedad separada.

En Eslovaquia y en Rusia no se conocen estadísticas sobre este aspecto.

En Suiza la propiedad separada está muy difundida.

3. La propiedad dividida: ¿propiedad temporal?

En Alemania sólo es temporal el derecho de superficie adquirido por herencia o legado. Transcurrido el plazo, el propietario del edificio puede comprar el terreno a un precio inferior al de mercado o, si lo prefiere, permutar su derecho con la propiedad del suelo.

En Austria la propiedad separada de los edificios y construcciones es temporal.

En Bélgica la renuncia a la accesión no tiene límite temporal. La enfiteusis tiene una duración máxima de 99 años; el plazo máximo del derecho de superficie es de 50 años.

En Chequia la propiedad separada de los edificios y construcciones es perpetua. El arrendamiento puede también concertarse por plazo indefinido; termina también el arrendamiento cuando se desmantelen las construcciones provisionales objeto del mismo.

En Eslovaquia la propiedad separada de los edificios y construcciones puede ser temporal o perpetua.

En Estonia el derecho de superficie puede constituirse por un período mínimo de 36 años y por un plazo máximo de 99 años. Se admiten, no obstante, las prórrogas.

En Holanda son temporales los derechos de uso y habitación, la enfiteusis y el derecho de superficie.

En Hungría la propiedad separada de los edificios y construcciones no es temporal sino definitiva.

En Suiza el plazo máximo de duración del derecho de superficie es de 100 años. El derecho de usufructo es también esencialmente temporal: puede durar como máximo mientras viva el usufructuario o 100 años cuando el usufructuario sea una persona jurídica. Las mismas reglas del usufructo se aplican al derecho de habitación.

4. Las construcciones como objeto de derechos reales.

Las construcciones, ¿son siempre considerados como bienes inmuebles?
En Alemania la respuesta es afirmativa para todas aquellas construc-

ciones que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad. En caso contrario, tienen la consideración de bienes muebles. La ley presume, salvo prueba en contrario, que toda construcción es propiedad del dueño del terreno –por accesión–. Dicha presunción no se aplica a las construcciones temporales.

En Austria las construcciones son consideradas bienes inmuebles. La única excepción está constituida por las construcciones provisionales –“Superädifikat”.

En Bélgica el Código civil define y clasifica los bienes inmuebles en sus artículos 516 a 543. Distingue entre los inmuebles por naturaleza, los inmuebles por destino y los inmuebles incorporales (los derechos reales sobre bienes inmuebles). Paralelamente, el Código civil clasifica también los bienes muebles en muebles por naturaleza o por determinación de la ley. Se consideran bienes muebles todas aquellas cosas que pueden desplazarse y que no formen parte integrante de un inmueble (art. 528 C.c.).

En Chequia son bienes inmuebles todas aquellas construcciones firmemente unidas al terreno mediante una cimentación sólida. Las demás construcciones se califican como bienes muebles.

En Eslovaquia son bienes inmuebles las construcciones unidas al terreno de un modo estable; en caso contrario, son consideradas bienes muebles.

En Estonia las construcciones sólo se consideran bienes inmuebles una vez que el terreno haya quedado inscrito en el Registro de la Propiedad.

En Grecia las construcciones –como parte integrante del suelo– son siempre bienes inmuebles (art. 948 Código civil). Las construcciones provisionales, por ejemplo una tienda de campaña, son elementos accesorios del suelo y, por tanto, bienes muebles siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos por el artículo 956 del Código civil.

En Holanda las construcciones y plantaciones son consideradas como bienes inmuebles –por estar unidas al suelo–. El derecho de superficie es un derecho real. Hay determinados derechos cuya constitución o transmisión requieren la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En Hungría son bienes inmuebles los inscritos como tales en el Registro de la Propiedad.

En Portugal las construcciones y plantaciones son bienes inmuebles. Se distingue entre “predios rústicos” y “predios urbanos” –según su destino económico.

En Rusia los edificios construidos adquieren la naturaleza de bienes inmuebles una vez otorgado el documento de recepción de las obras e inscrito en el registro administrativo correspondiente. Hasta entonces, el edificio en construcción es calificado como una obra pendiente de terminación.

En Suiza son bienes inmuebles de acuerdo con el artículo 655 del Código civil:

— Los terrenos.

— Los derechos permanentes e independientes inmatriculados en el Registro de la Propiedad.

— Las minas.

— Las cuotas de copropiedad de un inmueble.

Suelen definirse los bienes muebles como cosas corporales que pueden transportarse de un lugar a otro sin deterioro ni del inmueble en el que se hallan ni propio de la cosa.

Como regla general, en Derecho suizo está prohibida la hipoteca mobiliaria (art. 884.1 del Código civil). Son excepciones a esta prohibición general:

— La hipoteca del ganado.

— La hipoteca de buques.

— La hipoteca de las aeronaves.

En todos los demás sólo se admite como garantías mobiliarias la fianza y la prenda.

En Turquía, para que una construcción puede ser considerada jurídicamente como cosa inmueble es preciso que el proyecto de edificación haya sido redactado por un arquitecto y que el mismo haya sido objeto de autorización administrativa por parte del Ayuntamiento respectivo, una vez cumplidos todos los requisitos legales. A la licencia de construcción sigue, una vez finalizada la obra, la autorización o cédula de habitabilidad que el propietario debe solicitar antes de proceder a la inscripción de la obra nueva en el Registro de la Propiedad. La inscripción de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere, además, que se haga constar la relación de los propietarios de cada departamento independiente en un documento legalizado por notario. El Derecho turco distingue también entre terrenos rústicos y parcelas urbanas.

5. Contratos sobre construcciones independientes del suelo.

¿Qué contratos pueden otorgarse para que una construcción proyectada no sea propiedad, una vez concluida, del dueño del suelo?

En Alemania las construcciones sólo pueden independizarse jurídicamente de la propiedad del suelo mediante la constitución *mortis-causa* de un derecho de superficie. No obstante, en las regiones rurales suelen pactarse arrendamientos que facultan al arrendatario para construir instalaciones provisionales que éste retiene siempre como de su propiedad. Estas construcciones provisionales tienen el carácter de cosas muebles.

En Austria, además de cuanto ha quedado dicho, puede también ce-

derse en precario (es decir, a título gratuito y por plazo determinado) un inmueble, facultando al precarista para construir edificaciones provisionales que tienen la consideración de "Superädifikat".

En Bélgica la escisión de la construcción respecto del suelo puede hacerse con anterioridad a la edificación (renuncia a la accesión, constitución de la enfiteusis o del derecho de superficie) o con posterioridad a ella (enajenación separada del terreno o de la construcción).

En Eslovaquia el propietario del terreno y el propietario de la edificación —ya lo hemos dicho— no tienen que ser la misma persona.

En Estonia la desmembración tiene lugar tras la constitución del derecho de superficie.

En Francia puede tener su origen tal separación en un derecho de superficie, un arrendamiento con facultad para construir o en la enfiteusis.

En Grecia, por el contrato de construcción de inmuebles el constructor se obliga a edificar, a su cargo y sobre un terreno ajeno, un edificio —normalmente de apartamentos, viviendas y locales— y a entregar ciertos departamentos privativos del edificio a construir al propietario del terreno o a quien éste designe. De ordinario, el propietario del terreno conserva la titularidad de cuotas indivisas del dominio del terreno durante la construcción, transmitiendo las restantes al constructor y procediéndose a la disolución de la comunidad al concluir la obra.

En Holanda suele recurrirse a la figura del derecho de superficie.

En Hungría son lícitos los pactos en virtud de los cuales el propietario de la construcción puede usar y disfrutar del terreno libre de edificación, corriendo con todos los gastos de su mantenimiento. En estos supuestos, la transmisión del dominio de la construcción lleva consigo la transmisión del uso y disfrute del suelo.

En Portugal la desmembración del dominio del suelo y el del edificio suele tener su origen en un derecho de superficie, al que se refiere el artículo 1.524 del Código civil.

En Rusia suele tener su origen la separación en un contrato de construcción de inmueble.

En Suiza la constitución de un derecho de superficie requiere el otorgamiento de una escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad. El Código civil regula diversos aspectos del derecho de superficie como los supuestos de resolución anticipada del derecho, la indemnización debida al titular del derecho de superficie a la extinción de éste —extinción que supondrá la adquisición del dominio de la edificación por el dueño del terreno— así como el derecho de adquisición preferente tanto del propietario como del superficiario.

Capítulo 5

La enfiteusis

A) ¿Existe en todos los países encuestados la institución jurídica de la enfiteusis?

En Alemania, Bélgica, Eslovaquia, Estonia, Francia y Holanda la enfiteusis está regulada y es aplicada regularmente.

Ni en Austria ni en Hungría se conoce la enfiteusis.

En Chequia el arrendamiento de larga duración autoriza al arrendatario para realizar construcciones en la finca arrendada.

En Grecia el Código civil no regula ni la enfiteusis ni el derecho de superficie; es la Ley de Introducción al Código civil la que hace referencia a estas instituciones, si bien como materias de derecho transitorio. En la actualidad, la finalidad económico-jurídica de la enfiteusis y del derecho de superficie suele buscarse a través del arrendamiento, de la propiedad horizontal y del denominado “derecho a los recursos mineros” –terrestres o subterráneos–.

En Portugal fue suprimida.

En Rusia suele recurrirse al contrato de arrendamiento –arrendamiento de inmuebles, de construcciones y de empresas–. Las partes pueden pactar cualquier duración.

En Suiza la enfiteusis puede ser definida como un arrendamiento de larga duración –100 años– que confiere al arrendador un derecho de hipoteca sobre el terreno. Su aplicación práctica es muy limitada.

B) Relación de la enfiteusis con otras instituciones próximas.

En Alemania el propietario del terreno debe adoptar medidas específicas si quiere recuperar como libre de cargas el dominio de lo edificado por el superficiario a la conclusión del derecho de superficie hereditario, ya que éste puede gravar dicho edificio sin consentimiento del propietario del suelo –aun cuando en la práctica las entidades financieras exigen el consentimiento de propietario y superficiario–. El propietario del suelo puede hipotecar su derecho sin limitación alguna.

En Austria, salvo las precisiones hechas para las construcciones provisionales –“Superädifikat”– y respecto del derecho de superficie, se aplica siempre el principio *superficies solo cedit*.

En Bélgica, mientras dure la separación de la propiedad –edificio y suelo– el propietario del terreno tiene una responsabilidad meramente pasiva: no obstaculizar los derechos del titular de la construcción. A la

extinción de la enfiteusis y del derecho de superficie, las construcciones vuelven al patrimonio del propietario del suelo, libres de cargas reales.

En Estonia el derecho de superficie se constituye por tiempo determinado.

En Grecia el Código civil no regula ni la enfiteusis ni el derecho de superficie, aunque sí lo hace la Ley de Introducción al mismo —como ya hemos visto.

En Holanda el enfiteuta tiene obligación de pagar anualmente un canon al propietario del suelo. Al finalizar la enfiteusis, este último debe indemnizar al enfiteuta por la construcción realizada.

En Rusia no puede decirse que los edificios y las construcciones, en general, puedan ser considerados como cosas inmuebles independientes del suelo en el que están enclavados.

En Suiza el superficiario puede gravar su derecho sin consentimiento del propietario del suelo. Al extinguirse el derecho de superficie, el propietario adeudará al superficiario una indemnización por la construcción realizada que quedará igualmente afecta al pago de los derechos de los acreedores del superficiario, por lo que no podrá ser entregada a éste sin el consentimiento de aquéllos.

Capítulo 6

La propiedad de un edificio por pisos: la propiedad horizontal

A) Existencia del régimen de propiedad horizontal.

En Alemania la propiedad horizontal está regida por la ley llamada “Wohnungseigentum”.

En Austria se regula en una ley de 1975. Se considera que una parte inmaterial del terreno está destinada al disfrute exclusivo de departamentos determinados del edificio. Se trata de un uso y disfrute exclusivo oponible a terceros. A su vez, varios titulares —en comunidad— pueden ser propietarios de un mismo departamento privativo del edificio —vivienda, local de negocio, garaje...—. La parte del edificio no destinado a departamentos privativos será utilizada, como elementos comunes, por todos los propietarios de aquéllos —escaleras, rellanos, portal...—. Cabe incluso el arrendamiento de ciertos elementos comunes, si la naturaleza de éstos lo permitiese (por ejemplo, los garajes comunes); en este caso, la comunidad de propietarios será el arrendador.

En Bélgica se regula la propiedad horizontal en la Ley de 30 de junio de 1994.

En Chequia también es conocida esta figura.

En Estonia también se conoce esta figura.

En Francia cabe la propiedad horizontal de un edificio, con elementos comunes y elementos privativos.

En Grecia el Código civil contempla en su artículo 1.002 la propiedad horizontal, estableciendo el artículo 1.117 del mismo Código que al propietario de un departamento privativo del edificio le pertenece también en pleno dominio en los elementos comunes, cuya utilidad es común a todos los vecinos (el suelo, los cimientos, las paredes maestras, el tejado, el patio, etc.). La propiedad horizontal sólo puede ser constituida por el propietario único del suelo o por todos los copropietarios del mismo; el acto de constitución debe ser formalizado en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad (arts. 1.002 y 1.033 del Código civil y art. 13 de la Ley 3741/1929). Cabe incluso la constitución del régimen de propiedad horizontal de un edificio en construcción.

En Holanda se rige por el parágrafo 9 del Libro 5 del Código civil.

En Eslovaquia, Hungría y Portugal es una figura muy utilizada en edificios destinados a uso residencial.

En Rusia los departamentos independientes del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal pueden pertenecer en pleno dominio a personas físicas y también a personas jurídicas. No hay número máximo de departamentos privativos que una misma persona física o jurídica puede tener en propiedad en un edificio.

En Suiza es considerada como un tipo especial de comunidad, que conjuga la propiedad exclusiva de los departamentos privativos del edificio con la común de los elementos generales del inmueble. Pueden ser departamentos independientes todos aquellos que cuenten con acceso propio a la calle o a un elemento común.

En Turquía aparece regulada en la Ley 634 de 23 de junio de 1965. De acuerdo con el artículo 1 de dicha ley, el régimen de propiedad horizontal puede ser constituido por el propietario único del inmueble o por todos ellos conjuntamente, si fuesen varios. Los departamentos independientes pueden ser destinados a viviendas, locales, oficinas, almacenes, garajes, trasteros... Cabe constituir en propiedad horizontal los edificios meramente proyectados, siempre que se describan los elementos privativos y los comunes, así como los porcentajes de los primeros en los segundos. Estos porcentajes no se verán alterados por el mero cambio de valor de los elementos privativos (art. 3 de la citada Ley 634). También se conoce en Turquía la institución del "time-sharing" (art. 57 de la Ley 634), que sólo puede aplicarse a edificios residenciales o a los constituidos previamente en régimen de propiedad horizontal. El titular del derecho de "time-sharing" puede enajenarlo o gravarlo; cabe igualmente su transmisión *mortis-causa*.

B) La legislación que regula la propiedad horizontal: ¿Código civil o Ley especial?

En Alemania existe una ley especial –como hemos dicho anteriormente.

En Austria la práctica totalidad de las normas del llamado Derecho Inmobiliario se hallan en el Código civil –en su sección “De los bienes”–. Existen además leyes especiales que regulan instituciones como el Registro de la Propiedad, la División de los inmuebles y el Catastro.

En Bélgica la propiedad horizontal está regida por la citada Ley de 30 de junio de 1994, plenamente respetuosa con los principios que inspiran el Código civil y el derecho de propiedad. Su contenido se refiere particularmente a la distinción entre elementos privativos y elementos comunes, a las normas de comunidad y a los órganos de gestión y de representación de los vecinos.

En Eslovaquia según el parágrafo 25 de la Ley 457/1992 de la Ley sobre Control de Cambios, la adquisición de inmuebles por extranjeros está limitada a los siguientes supuestos:

— Por sucesión *mortis-causa*.

— Para representaciones diplomáticas (con países en los que exista régimen de reciprocidad).

— Adquisiciones conjuntas de marido y mujer, cuando sólo uno de ellos tenga la condición de extranjero.

— Por permuta de bienes situados en el extranjero, realizada con su cónyuge o ascendientes, siempre y cuando no haya diferencias significativas de valor entre ambos inmuebles.

— En ejercicio de un derecho de adquisición preferente.

— Por construcción en un terreno de su propiedad.

— Y cuando una ley especial así lo establezca.

En Holanda se aplica únicamente el Código civil. No existe legislación especial en materia de propiedad horizontal.

En Hungría existe una legislación especial dedicada a la regulación de la propiedad horizontal, el “time-sharing” y las cooperativas de viviendas.

En Suiza la propiedad horizontal aparece regulada en los artículos 712.a) a 712.t) del Código civil.

Capítulo 7

La prueba de la propiedad inmobiliaria

1. Evolución histórica.

La prueba “extrajudicial” de la propiedad es absolutamente necesaria para el tráfico inmobiliario. Por ejemplo, las entidades financieras conce-

derían muchos menos préstamos y créditos en un sistema que careciera de seguridad jurídica en esta materia. La seguridad exige que la condición de propietario pueda comprobarse fácilmente por los terceros. La legitimación del dueño de una finca puede derivar del hecho de la posesión, del contenido de ciertos documentos o de una inscripción o anotación en un Registro de la Propiedad; todos los sistemas jurídicos, cualquiera que sea el medio empleado, intentan asegurar la oponibilidad de la cualidad de propietario a los terceros.

A) La época prerromana y romana.

Los griegos conocieron figuras documentales –singularmente las actas de naturaleza pública– para probar el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

En Babilonia existieron documentos de “notoriedad pública” de titularidad basados en la posesión de los fundos.

En Egipto, una biblioteca o registro cronológico de documentos –“Biblioteke enkteson”– probaba ciertos derechos sobre bienes inmuebles.

En Derecho Romano, los bienes muebles y los inmuebles estaban sometidos a las mismas reglas, por lo que se refiere a su transmisión y gravamen. Según el principio del “título” y “modo”, la transferencia del dominio y demás derechos reales requería un acto o contrato traslativo y el desplazamiento posesorio. Era la posesión el único signo que acreditaba *erga omnes* la propiedad –también en el gravamen de los inmuebles.

Sin embargo, la noción jurídica de la publicidad no fue totalmente excluida del sistema romano. Tanto los testigos solemnes (*mancipatio*) como otros procedimientos formales (*in iure cessio*) constituyen medios de publicidad. Asimismo, existieron los documentos probatorios conocidos con el nombre de *notitia*, alejados sin embargo del contemporáneo concepto de documento público.

B) El Derecho germánico.

El tráfico inmobiliario fue sometido en la Edad Media, por el Derecho germánico, al principio de la publicidad.

Al principio, toda transmisión de bienes inmuebles se hacía pública y solemnemente en la finca objeto de transferencia.

Posteriormente, el vendedor permitía –en presencia de testigos– el acceso del comprador al inmueble, al tiempo que manifestaba públicamente su voluntad de transmitir la propiedad de éste.

Este procedimiento era demasiado complejo y lento. Se introdujo entonces otro sistema de enajenación que tenía lugar ante la autoridad judicial: este sistema, que recordaba a los procedimientos romanos de ad-

quisición del dominio, fue conocido con el nombre de *Sale* –de donde procede etimológicamente la palabra inglesa “sale”–. De las actuaciones llevadas a cabo ante el tribunal se levantaban las actas correspondientes, con eficacia probatoria. A partir del siglo XI, estas actas comienzan a inscribirse cronológicamente en un Libro especial, sin que la inscripción tuviera carácter constitutivo.

En el siglo XII, las mencionadas actas eran enviadas a autoridades públicas para su conservación.

En época de los francos, las particiones hereditarias trajeron consigo el fraccionamiento del territorio.

Los precedentes germánicos más remotos del Registro de la Propiedad son el “Grund-und Satzbuch de Pressburg” (1439) y el Registro inmobiliario de Munich. En este último, cada finca abría un folio en el que se mencionaba al propietario; eran objeto de inscripción las transmisiones, las hipotecas y las servidumbres.

C) *La recepción del Derecho Romano.*

En el siglo XV, la inscripción registral se convirtió en constitutiva y no en meramente probatoria o declarativa: la transmisión del derecho sólo tenía lugar con la práctica del asiento correspondiente en el Registro.

La inscripción constitutiva fue abolida con la recepción del Derecho Romano, que trajo consigo la vuelta a un sistema de transmisión basado en las nociones de *título* y *traditio*.

Al finalizar la Guerra de los Treinta Años se hizo necesaria la reconstrucción de los países germánicos. Fue el apogeo del mercantilismo; enseguida se echó en falta un sistema de seguridad del tráfico inmobiliario. Quienes querían prestar su dinero no hallaban garantías suficientes para su recobro. Nacieron de este modo en Alemania los actuales Registros de la Propiedad.

Las regiones germánicas bajo influencia del Derecho francés instauraron un sistema mixto de publicidad inmobiliaria. Se crearon los Registros de la Propiedad pero reconociendo a la inscripción mera eficacia declarativa o probatoria –no constitutiva– de las transmisiones inmobiliarias (Ley de 23 de marzo de 1855). En Baviera, por ejemplo, la transmisión se hacía por el sistema romano del “título” y “modo”, a pesar de la creación del Registro –aun cuando la inscripción de una hipoteca requería la previa inscripción del título del hipotecante.

D) *El Catastro.*

Sus orígenes se remontan al comienzo del siglo XIX. Los primeros ensayos de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro

datan de 1832: en Württemberg, los Libros del Registro de la Propiedad contenían no sólo la propiedad inmobiliaria sino también el Catastro. Paralelamente existía también un Registro de Servidumbres.

El desarrollo posterior del Registro de la Propiedad convirtió a esta institución, en países como Bélgica y Francia, en un instrumento de publicidad de las hipotecas.

E) El Registro de la Propiedad europeo.

El Registro de la Propiedad moderno fue instaurado por primera vez en Europa en Alemania (Saxe, Braunschweig, Oldenbourg, Hambourg y Lübeck). En 1873 el Código civil alemán recogió el sistema de la transmisión inmobiliaria por la inscripción constitutiva. Hay que citar igualmente el establecimiento del Registro de la Propiedad en España, cuya primera ley especial en la materia es de 1861.

2. El Catastro.

A) Medios de identificación oficial de los inmuebles.

En Alemania y Holanda el Catastro suministra los datos de hecho al Registro de la Propiedad –que los asume íntegramente–; este último proporciona a aquél información sobre la titularidad dominical, derechos reales y cargas de la finca.

En Austria el Catastro dispone de un archivo de todos los inmuebles del país, con descripción planimétrica. Un sistema informático de conexión une el Catastro con el Registro de la Propiedad, lo que permite la coordinación permanente y actualizada de ambas instituciones.

En Bélgica todo el territorio nacional se divide en parcelas catastrales, cuyos propietarios –así como los titulares de otros derechos reales– están identificados. La llevanza del Catastro corresponde a la Administración tributaria. El contenido de los documentos notariales es comunicado a los servicios catastrales por la correspondiente Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones o Sucesiones. Como regla general, transcurre una media de uno o dos años –a contar desde el otorgamiento de la escritura– hasta conseguir el reflejo catastral del contenido de la escritura pública.

En Chequia el Catastro no tiene una mera finalidad fiscal sino que es instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-reales sobre bienes inmuebles. Las construcciones que no tengan el carácter de inmuebles no se reflejan en el Catastro. Las inscripciones anteriores a 1 de enero de 1993 no son plenamente oponibles a terceros –oponibilidad que requiere además de la certificación catastral la exhibición del título notarial inscrito–. El Catastro está permanentemente actualizado.

En Eslovaquia el Catastro contiene no sólo los datos físicos de la finca sino también su situación jurídica —aun cuando únicamente la posterior a 1 de abril de 1964.

En Estonia todo el régimen jurídico de los bienes inmuebles es objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, a cargo de la autoridad judicial. El Catastro tiene una finalidad fiscal. Por otra parte, los inmuebles del Estado son objeto de inscripción en un Registro administrativo especial.

En Francia la identificación catastral de un inmueble resulta de un número de sección y de un número de parcela, con referencia a un plano de ámbito municipal. El Catastro se mantiene, por lo general, actualizado.

En Grecia coexisten los siguientes medios de identificación física de los bienes inmuebles:

- El Registro de la Propiedad, instrumento de publicidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

- El Catastro fiscal.

- Los planos de ingenieros y arquitectos incorporados a las escrituras públicas.

- Las actas de funcionarios públicos, ingenieros o arquitectos.

El Catastro no se refiere más que algunas zonas del territorio nacional. No existe coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro.

En Hungría el Catastro forma parte de la Sección 1.^a del Registro de la Propiedad.

En Portugal el Catastro tiene también una finalidad fiscal. El servicio administrativo conocido como “Conservatória do Registro Predial” proporciona publicidad sobre la situación física, económica, jurídica y fiscal de los inmuebles. Los datos catastrales y los registrales deben coincidir; en caso contrario, el notario no puede autorizar la escritura pública.

En Rusia el Catastro inmobiliario contiene información sobre la situación física de los inmuebles, su valor, su titularidad, cargas, derechos reales, usuarios, arrendatarios, etc.

En Suiza el Registro de la Propiedad es el instrumento de publicidad del dominio y los derechos reales sobre bienes inmuebles. Consta de un conjunto de libros y de un boletín oficial. Todo inmueble que accede al Registro se identifica por medio de un plano confeccionado con arreglo a la medición efectuada por un técnico en geometría.

En Turquía el Registro de la Propiedad es el instrumento de publicidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. La inscripción tiene carácter constitutivo, como regla general. El Registro se lleva por el sistema de “folio real”. En el Registro principal se inscriben los derechos reales sobre bienes inmuebles: se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que resulta del Re-

gistro (art. 905 Código civil). Existe también un boletín oficial. De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 766, los datos físicos de la finca contenidos en asientos practicados en los Registros de la Propiedad coordinados con el Catastro se presumen exactos –presunción *iuris tantum*.

B) *El acceso de los planos u otros documentos al Catastro.*

En todos los países encuestados los planos forman la base geométrica del Catastro.

3. El Registro de la Propiedad.

A) *La legitimación registral.*

La publicidad registral es un título de legitimación para el tráfico en cuanto a la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Los documentos inscritos en los Registros son conservados bien por el notario bien por el registrador, bien por una autoridad administrativa. La inscripción dota a los actos y negocios inscritos de una eficacia de la que antes carecían. El Estado, el registrador o ambos, responden de los daños ocasionados por un anormal funcionamiento del Registro.

B) *El control de la Administración.*

La tierra es un recurso limitado. Por esta razón, el Estado tiene gran interés en una racional utilización de la misma, ajustada a las necesidades macro-económicas. De hecho, son crecientes las limitaciones al derecho de propiedad fundadas en normas de Derecho Público.

El Registro de la Propiedad es un instrumento de publicidad, pero también de control fiscal. Por regla general, los actos y negocios no liquidados no pueden acceder al Registro de la Propiedad.

En muchos países, los rendimientos del Registro son empleados para sufragar la mayor parte de los costes de organización del sistema judicial.

El acceso a la propiedad puede estar sometido a restricciones. Por ejemplo, algunos ordenamientos prohíben a los extranjeros la adquisición de fincas rústicas o de algunas de ellas (Austria); otros imponen ciertas limitaciones al tráfico de bienes de interés cultural. El Registro de la Propiedad es un eficaz instrumento de control de todas estas restricciones.

Además, el Registro de la Propiedad asegura la eficacia de los procedimientos judiciales –por lo general, muy dilatados en el tiempo–. Pensemos en la garantía que ofrece una anotación preventiva (de demanda, de embargo...) o, por poner otro ejemplo, la inscripción o anotación de la quiebra o suspensión de pagos.

C) *Los principios fundamentales que inspiran el Registro de la Propiedad.*

Para comprender mejor la eficacia del Registro de la Propiedad veamos un supuesto práctico:

Los vendedores, herederos del Sr. Dupont, transmiten un inmueble propiedad de éste provistos de la correspondiente acta de declaración de herederos. El comprador, una vez pagado el precio, vende de nuevo el mismo inmueble por precio superior. El segundo comprador construye en la finca un edificio y lo vende a una empresa que destina el inmueble a su utilización en régimen de "time-sharing". Transcurridos cinco años desde la primera venta, quien dice ser heredero del Sr. Dupont y que no intervino en la primitiva compraventa reclama su derecho, que es legítimo.

En un puro sistema romano de título y modo, nadie puede transmitir lo que no tiene y, en consecuencia, ningún adquirente puede considerarse protegido, en tanto no haya transcurrido el plazo de la prescripción adquisitiva. Podrá cada adquirente reclamar del correspondiente *tradens* una indemnización de daños y perjuicios —con el riesgo de que la insolvencia del demandado haga ilusorio su resarcimiento.

En el Derecho anglo-sajón, el adquirente suscribe un contrato de seguro para cubrir este tipo de riesgos ("Title-Insurance"). Pero en el mejor de los casos tendrá un crédito contra la entidad aseguradora, por importe máximo de lo que pagó por la transmisión; perderá todo derecho sobre la cosa adquirida.

D) *La presunción legal.*

Los países que cuentan con el Registro de la Propiedad han encontrado un sistema diferente a los anteriores. Quien adquiere de persona que, según el Registro de la Propiedad, es titular del derecho y puede válidamente disponer de él, será mantenido en su adquisición —con diferentes condiciones en cada ordenamiento— aun cuando después se compruebe la inexactitud de la titularidad registral. El Registro de la Propiedad es un instrumento de coordinación de dos principios diametralmente opuestos: el principio de seguridad jurídica y el principio de seguridad del tráfico.

E) *La buena fe del adquirente.*

Todos los ordenamientos protegen únicamente al adquirente que confía en la publicidad del Registro y que desconoce su inexactitud.

En el ejemplo anterior, el preterido heredero del Sr. Dupont no puede obtener la resolución de las transmisiones efectuadas, de modo que los actuales adquirentes serán mantenidos en su derecho.

F) *El Registro de la Propiedad en el Estado de Derecho.*

En la moderna economía, un sujeto de Derecho Internacional Público no puede sobrevivir si carece de un sistema jurídico seguro y respetuoso con los Derechos Humanos. Uno de estos últimos es que la aplicación de la ley sea igual para todos; otro, que las grandes decisiones de la Administración que afecten a los particulares puedan ser revisadas por una institución independiente sometido únicamente al imperio de las leyes. El Estado de Derecho (*"Rechtsstaat"*) exige que el Registro de la Propiedad publique únicamente actos y contratos válidos y eficaces; la tarea de la calificación registral –realizada bajo la responsabilidad del registrador– es de suma importancia.

Si, por ejemplo, la compraventa es contraria a las buenas costumbres, el derecho de propiedad del comprador no podrá ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

No obstante, este control registral no puede ser siempre ejercido completamente ya que hay cuestiones jurídicas que escapan a su calificación (capacidad natural, errores y vicios del consentimiento...) y, además, porque los contratantes pueden plasmar en el documento inscribible tan sólo una parte de su compleja relación jurídica.

G) *La inscripción constitutiva.*

La protección registral al tercero de buena fe puede producirse por alguna de estas dos vías, según los ordenamientos:

— En algunos de ellos, la protección se alcanza con la inscripción del derecho del tercer adquirente de buena fe, si bien la eficacia de las transmisiones es siempre anterior a la inscripción registral (inscripción declarativa).

— En los países con sistema de inscripción constitutiva, la propiedad se adquiere por la sola inscripción –con total abstracción de las relaciones jurídicas causales–. No obstante, en dichos países se conocen también algunas inscripciones declarativas (como, por ejemplo, las hereditarias, las judiciales, etc.).

H) *Examen de los sistemas de los países encuestados.*

En Alemania la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo. El Derecho, en materia inmobiliaria, premia la confianza en el Registro y presume, *iuris et de iure*, que el contenido del mismo es exacto e íntegro. La apariencia registral del derecho sustituye al mismo derecho, cuando se produce una adquisición de buena fe. Quien

contrata confiando en los pronunciamientos del Registro adquiere su derecho no con la perfección del acto o contrato sino en el momento de la inscripción registral. Paralelamente, los derechos no inscritos no existen, cualquiera que sea la causa que haya impedido su inscripción. Nunca queda protegido el adquirente que conocía la inexactitud de lo publicado por el Registro. De acuerdo con el párrafo 29 de la Ley sobre el Registro de la Propiedad, sólo los documentos públicos tienen acceso al Registro de la Propiedad. La presunción de legitimación registral es absoluta; sólo el titular registral puede consentir el acto o contrato. No obstante, los herederos que acrediten fehacientemente su condición no necesitan la previa inscripción de su derecho para disponer de los bienes hereditarios.

En Austria la inscripción es también constitutiva. Sólo queda protegido el adquirente de buena fe. Se considera de buena fe al adquirente que no conocía o no podía conocer, a pesar de su diligencia, la divergencia existente entre la situación jurídica publicada por el Registro y la extraregistral. Acceden al Registro de la Propiedad los documentos públicos y también los privados legalizados por notario o por la autoridad judicial.

En Bélgica, la Ley de 16 de diciembre de 1851 sobre Revisión del Sistema Hipotecario encargó a la "Conservation des Hypothèques" (dependiente del Ministerio de Economía) la organización de Registros destinados a hacer eficaces *erga omnes* las situaciones jurídicas publicadas. Los documentos que acceden al Registro de la Propiedad son reproducidos íntegramente. El Registro de la Propiedad es público. La fe pública registral no se extiende a la descripción ni superficie de las fincas inscritas; tampoco el Catastro garantiza estas circunstancias, aun cuando proporciona una valiosa información. La inscripción es declarativa; la mutación jurídico-inmobiliaria se produce con anterioridad a la inscripción del título en el Registro. Las transmisiones *mortis-causa* no se inscriben. La prescripción adquisitiva de los inmuebles exige el transcurso de 10 a 20 años —con buena fe— o de 30 años —en caso contrario— (arts. 2.265-2.269 Código civil). De acuerdo con la Ley de 10 de octubre de 1913, los notarios y otros oficiales públicos que redactan documentos públicos están obligados a hacer constar el nombre, apellido, lugar y fecha de nacimiento de todos los transmitentes, adquirentes, arrendadores o arrendatarios de bienes inmuebles según resulte de certificación del Registro civil, de documentos oficiales de identidad o de las afirmaciones de testigos instrumentales. La ausencia de cualquiera de estas circunstancias es defecto que impide la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad. No se aplican estas exigencias a las personas jurídicas ni a sus representantes.

En Chequia existe el Catastro parcelario. Las inscripciones que en él se practican tienen carácter constitutivo en los casos establecidos por la ley, aun cuando también se practican inscripciones meramente declarati-

vas. Todas las inscripciones posteriores a 1 de enero de 1993 se presumen exactas; no sucede lo mismo con las anteriores a esta fecha —no existe para estas últimas una presunción de correspondencia entre la realidad registral y la extrarregistral.

En Eslovaquia la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene naturaleza constitutiva.

En Estonia la inscripción es obligatoria. El contenido del Registro se presume exacto. Antes de cada inscripción, el notario, el secretario de inmuebles y el juez califican la regularidad del acto o contrato. Corresponde al notario comprobar que el transmitente de un inmueble inscrito es precisamente su titular registral —la identificación notarial de los comparecientes suele hacerse con ayuda del pasaporte.

En Francia la inscripción es declarativa. Se admite la prueba contraria a los pronunciamientos del Registro.

En Grecia el Registro de la Propiedad publica las mutaciones jurídico-reales cuyo objeto son los bienes inmuebles. Es de carácter público (art. 1.200 del Código civil). El registrador es un funcionario público estatal. Expide certificaciones o informes a quienes lo solicitan (art. 1.201 Código civil). La competencia territorial de los Registros de la Propiedad se determina atendiendo al lugar de situación de los inmuebles (art. 1.192 Código civil). Cuando la superficie de un inmueble comprenda el distrito de dos o más Registros, en cada uno de ellos se procederá a hacer una inscripción (art. 11 del Decreto-Ley 4201/1961). El Registro de la Propiedad fue introducido en Grecia por la Ley 2.10 de 6 de noviembre de 1856, luego reformada por la Ley 330/25.9 de 22 de setiembre de 1914. En el Registro de la Propiedad son objeto de inscripción (art. 1.912 Código civil):

- Los actos y negocios *inter-vivos*, incluidas las donaciones *mortis-causa*, por los que se constituya, modifique, transfiera o extinga un derecho real sobre un bien inmueble.

- Las resoluciones judiciales y las resoluciones administrativas relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles.

- La división judicial de inmuebles.

- Las sentencias firmes que obliguen al demandado a otorgar un acto o contrato de mutación jurídico-real sobre bienes inmuebles.

- Las adquisiciones *mortis-causa* de derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1.913 Código civil). En este caso, se hace necesario justificar el fallecimiento del causante.

De acuerdo con el artículo 1.914 del Código civil, la inscripción consiste en un resumen del título presentado en el Registro, que contiene sus principales menciones. Las inscripciones se llevan a cabo por orden cronológico de presentación. El título presentado, en el que se hace constar la inscripción practicada, se conserva en el Registro de la Propiedad. Cualquier interesado puede solicitar la inscripción de un título.

La inscripción registral es obligatoria; la inscripción es una condición *sine qua non* para que la transferencia del derecho real se entienda producida –con efectos desde la inscripción–. No obstante, de acuerdo con el artículo 1.199 del Código civil, se entiende que el heredero o legatario adquiere la cosa desde la fecha de fallecimiento del causante. Si la inscripción no se produce, el vendedor puede volver a vender la cosa o hipotecarla, correspondiendo entonces al primer comprador el ejercicio de una acción meramente personal contra el *tradens*. Sin embargo, la inscripción no convalida los actos o contratos nulos. No existe plazo para practicar la inscripción; los efectos de la misma se producen desde la fecha de su presentación en el Registro. Los documentos son objeto de inscripción por riguroso orden de presentación en el Libro Diario. Se considera como fecha de los asientos de inscripción la del correspondiente asiento de presentación. La acción de nulidad del acto o contrato prescribe a los veinte años a contar desde el otorgamiento de los mismos. Cabe también la renuncia, expresa o tácita, de la acción de nulidad. Los actos nulos, a pesar de su inscripción en el Registro de la Propiedad, no tienen efecto alguno (art. 180 Código civil). Los otorgantes del acto o contrato nulo no gozan de la protección registral, aun cuando tengan buena fe; tampoco sus herederos o legatarios. Sin embargo, pueden iniciar y consumar la prescripción adquisitiva ordinaria (art. 1.041 Código civil). Es de buena fe el adquirente que la tiene en el momento de tomar posesión de la cosa; *mala fides superveniens non nocet* (art. 1.044 Código civil). Las sentencias de nulidad de actos o contratos inscritos son objeto de nota marginal en el Registro; dichas notas impiden la aparición de terceros de buena fe. La condición de titular registral no es suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria; el demandante debe probar su condición de propietario actual de la cosa.

Una escritura pública hace prueba plena de su contenido en tanto no se demuestre su inexactitud; la escritura notarial es un documento público. La identificación de los comparecientes debe hacerla el notario por la comprobación del Documento de Identidad o, en su defecto, valiéndose del testimonio de dos testigos instrumentales –quienes, a su vez, deben ser identificados por el notario–. El notario debe asegurarse de la correcta descripción del inmueble, según el título o títulos presentados; sin embargo, el examen del historial registral de la finca corresponde al abogado. En ocasiones se requiere la incorporación de documentos administrativos o técnicos a la escritura pública. En las escrituras de aceptación de herencias o legados, el notario debe comprobar el fallecimiento del causante –mediante la correspondiente certificación del Registro civil– (art. 1.193 Código civil). En ciertos supuestos, cabe también la inscripción en el Registro de la Propiedad del certificado de la condición de heredero (art. 1.195 Código civil).

En Irlanda el Registro denominado “Land Registry” (LR) es utilizado especialmente para la publicidad de las situaciones jurídico-reales que afectan a terrenos rústicos. La mayoría de las fincas urbanas es objeto de inscripción en otro Registro especial denominado “Registry of Deeds” (RD). El primero de los Registros citados consiste en un folio y un plano para cada finca inscrita. En el folio se hace constar el nombre del propietario inscrito y se señala si su dominio es absoluto o limitado; también se hace referencia a la “townland” o superficie –que se expresa en hectáreas– y a las cargas reales (“mortgages”, “charges” o “equities”). El Estado es responsable del buen funcionamiento del Registro de la Propiedad.

La inscripción en el “Registry of Deeds” tiene lugar cuando se produce un cambio de propietario de la finca urbana, lo cual debe acreditarse mediante un extracto del contrato de transmisión. Este documento debe contener, al menos, la identidad del *tradens* y del *accipiens* así como una descripción del inmueble transmitido. Una vez inscrito, el documento presentado se devolverá al adquirente. En cuanto a los efectos de las inscripciones registrales cabe decir lo siguiente:

— Una vez inscrita la finca en el “Land Registry” su transmisión, en el futuro, debe hacerse constar también en este Registro –sistema de inscripción obligatoria–. En algunos condados –“counties”– se ha fijado el plazo de seis meses –a contar del otorgamiento del acto o contrato– para la práctica de la inscripción.

— La ausencia de inscripción en cualquiera de los citados Registros no impide la eficacia del título de transmisión; no obstante, interesa al comprador inscribir su derecho para evitar una posible doble venta.

— El titular registral tiene legitimación para disponer de su derecho, si del Registro no resulta lo contrario (aun cuando se trate de un fiduciario o “testa-ferro”).

En Holanda la inscripción registral es constitutiva. No obstante, tanto el Catastro como el Registro de la Propiedad tienen una eficacia negativa, ya que la inscripción no garantiza el pleno dominio del propietario inscrito –que resultará del título válido y de la inscripción–. El notario está obligado a identificar a los comparecientes.

En Portugal la inscripción es declarativa. Se exceptúa el caso de la inscripción de hipoteca –de naturaleza constitutiva–. Quien adquiere confiando en los pronunciamientos del Registro queda protegido, razón por la cual el comprador está siempre muy interesado en la rápida inscripción de su título. La inscripción es voluntaria. El notario debe comprobar (bajo su responsabilidad) que el *tradens* sea un titular inscrito, con facultades –según el Registro– para transmitir su derecho.

En Rusia no existe todavía ninguna legislación sobre los medios de prueba de la propiedad inmobiliaria.

En Suiza se define el Registro de la Propiedad como un servicio público que suministra información sobre la situación jurídica de los inmuebles. Se inscriben en él no sólo la propiedad sino también cualquier tipo de derecho real sobre bienes inmuebles. Publica también el Registro de la Propiedad la existencia de ciertas relaciones jurídico-personales en relación con bienes inmuebles y las limitaciones de disposición que afectan a esta clase de bienes. El Registro de la Propiedad es público (art. 970.1 del Código civil). Cualquier persona tiene acceso al mismo, por lo que nadie puede ampararse en el hecho de desconocer su contenido (art. 970.3 Código civil). Integran el Registro de la Propiedad los siguientes libros y documentos:

- Los Libros de Inscripciones, llevados por el sistema de folio real: a cada finca se le asigna un número propio y se le abre folio para reflejar en él todo su historial registral.

- El Libro Diario de Presentación, en el cual se extienden –por riguroso orden cronológico– un breve asiento de presentación de los títulos que acceden al Registro.

- Los legajos de documentos (planos, certificaciones...).

- Los ficheros (de personas, de acreedores, de embargos, de rectificaciones...).

La organización y llevanza de los Registros de la Propiedad es competencia atribuida a los cantones; no obstante, la Confederación ha dictado algunas normas uniformes sobre la materia. Suele haber un Registro de la Propiedad para dos o más términos municipales. A cargo de cada Registro existe un registrador. La Confederación ejerce la suprema inspección del funcionamiento de los Registros. La inscripción registral es, por lo general, constitutiva. En caso de doble venta, es propietario el comprador que inscribe su derecho –aun cuando la venta sea posterior–. El otro comprador podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados al vendedor. Pero existen numerosas excepciones al principio general de la inscripción constitutiva. La inscripción no convalida los actos y contratos nulos (art. 974 Código civil). La fecha de las inscripciones registrales es, a todos los efectos, la del asiento de presentación del título que las motiva. Se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular con la extensión publicada por el Registro; quien adquiere confiado en la veracidad del contenido del Registro se verá mantenido en su adquisición, aun cuando después se anule o resuelva el derecho del *tradens*. Dicho de otro modo, el Registro se presume exacto e íntegro, respecto de los terceros de buena fe.

En Turquía el Registro de la Propiedad es público. Cualquier interesado puede examinarlo –en presencia de alguna persona que esté encargada de su llevanza– y solicitar que se le expida una certificación de su

contenido. Nadie puede alegar lícitamente ignorancia de cuanto el Registro de la Propiedad publica (art. 328 Código civil). La inscripción dota de eficacia *erga omnes* a los derechos reales sobre bienes inmuebles –aun cuando su nacimiento, modificación, transmisión y extinción tienen lugar con el otorgamiento del acto o contrato–. Quien adquiere confiado en los pronunciamientos del Registro se ve mantenido en su adquisición (art. 931 Código civil). Nunca puede ampararse en el contenido del Registro quien conocía o debía conocer la inexactitud del mismo (art. 932 Código civil). La inscripción no convalida los actos y contratos nulos.

4. Otros medios de prueba.

En defecto de inscripción registral, ¿cómo puede una persona probar su condición de propietario de un bien inmueble?

En Bélgica por cualquier medio de prueba.

En Eslovaquia los actos y contratos de transmisión de bienes inmuebles deben hacerse en forma escrita. No obstante, cabe excepcionalmente el recurso a un especial procedimiento administrativo para conseguir la inscripción de transmisiones de inmuebles no documentadas.

En Estonia es posible la rectificación del Registro. El perjudicado por una inscripción inexacta o errónea puede solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

En Grecia, en defecto de inscripción, la prueba de la propiedad se convierte en *probatio diabolica*: hay que probar la propiedad de todos los derecho-habientes de quienes el actual titular trae causa (por lo menos, hasta completar el tiempo necesario para que la prescripción adquisitiva se entienda consumada).

En Holanda los asientos del Registro de la Propiedad sólo pueden rectificarse con el consentimiento de todos los titulares registrales o, en su defecto, por resolución judicial dictada en procedimiento en el que aquéllos hayan sido demandados.

En Portugal el *tradens* debe presentar su título de adquisición al notario, quien advertirá a los comparecientes de su falta de inscripción en el Registro de la Propiedad. Desde el día 1 de octubre de 1984 sólo puede utilizarse este procedimiento cuando se trate de la inmatriculación de fincas en el Registro.

En Rusia no hay normas previstas por el ordenamiento en esta materia.

En Turquía la rectificación del Registro de la Propiedad sólo puede hacerse con el consentimiento de todos los titulares registrales o, en su defecto, por resolución judicial recaída en un proceso en el que hayan sido demandados dichos titulares. Suele hacerse la rectificación por medio de una nueva inscripción. El registrador puede corregir por sí mismo los simples errores materiales de redacción (art. 935 Código civil).

Capítulo 8

La transmisión de los bienes inmuebles

1. Los diferentes sistemas jurídicos.

La adquisición originaria de la propiedad es muy poco frecuente en la actualidad. En cuanto a la adquisición derivativa o transmisión de la misma, del análisis de los países encuestados resulta la existencia de una multiplicidad de sistemas. Veamos los rasgos esenciales de todos ellos:

— Un contrato sinalagmático, que en la mayoría de los países debe formalizarse por escrito.

— El desplazamiento posesorio del inmueble, admitiéndose formas indirectas y espiritualizadas de cambio de poseedor en la mayoría de los sistemas.

— En casi todos los países, se prevé igualmente la práctica de una inscripción en el Registro de la Propiedad bien como requisito de oponibilidad de la transmisión frente a terceros –inscripción declarativa– bien como requisito necesario para que la transmisión se entienda verificada –inscripción constitutiva.

— En los sistemas germánicos se otorga un segundo contrato, en virtud del cual el *tradens* consiente la transmisión al *accipiens*. El objetivo de este segundo contrato es desvincular el efecto transmisivo de las vicisitudes jurídicas que afecten a la primera relación contractual (incumplimiento, ineficacia...). Esta abstracción del efecto transmisivo respecto del contrato original no se da en los países del sistema llamado latino.

2. El contrato obligatorio.

Además del contrato sinalagmático entre transmitente y adquirente, ¿es necesario algún requisito adicional en cada país para que se entienda transmitido el dominio de los inmuebles?

En Alemania debe otorgarse entre el titular registral y el *accipiens* un segundo contrato por el que el primero autoriza al segundo para ocupar su posición registral.

En Bélgica la perfección del contrato lleva consigo la transmisión de la propiedad –sin necesidad de requisitos adicionales.

En Chequia y en Eslovaquia, es suficiente para transmitir el dominio el otorgamiento del contrato obligatorio –que debe hacerse por escrito en Eslovaquia.

En Estonia, además del contrato obligatorio se requiere la celebración de un contrato de efecto real y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En Grecia, de acuerdo con el artículo 1.033 del Código civil se requiere, para transmitir la propiedad de un bien inmueble, el acuerdo entre el propietario y el adquirente sobre la transferencia a favor de este último, por causa legítima. Dicho acuerdo debe constar en escritura pública –exigida *ad solemnitatem*, ya que en su defecto el acuerdo es nulo (art. 159 Código civil)– y ser inscrito en el Registro de la Propiedad. Es decir, además del contrato obligatorio se requiere el otorgamiento del contrato real y su inscripción registral. El contrato obligatorio y el real pueden ser objeto de cumplimiento simultáneo o sucesivo. En el contrato real de transmisión debe reflejarse su causa (venta, donación, permuta...). También el contrato obligatorio debe constar en una escritura pública notarial: los contratos cuyo objeto se la constitución, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos reales sobre inmuebles deben otorgarse ante notario (art. 369 Código civil). Lo mismo cabe decir de las promesas de venta y de los contratos preparatorios (art. 166 Código civil).

En Holanda el contrato sinalagmático precede al contrato real.

En Hungría los efectos transmisivos se producen con el contrato celebrado entre *tradens* y *accipiens*, sin requisitos adicionales.

En Irlanda al contrato obligatorio debe seguir el otorgamiento del contrato real; este último será objeto de Registro (rural o urbano, según los casos).

En Rusia la transmisión requiere la perfección del contrato obligatorio, cuyo contenido no está regulado por el ordenamiento ruso. En la transmisión de una empresa deben ser objeto de enumeración todos los elementos –de activo y de pasivo– que la componen.

En Suiza compete al notario la autorización del contrato obligatorio y de su completo control de legalidad.

En Turquía el contrato de transmisión de la propiedad debe otorgarse necesariamente ante el registrador.

3. El contrato real.

La transmisión de la propiedad ¿se produce por el otorgamiento de un contrato entre *tradens* y *accipiens* del que resultan obligaciones para las partes o, por el contrario, se requiere el cumplimiento de algún requisito adicional?

En Alemania, además del contrato obligatorio pactado entre el transmitente y el adquirente, el titular registral del inmueble debe concluir otro –simultáneo o posterior– con el *accipiens* en virtud del cual aquél consiente que la inscripción del derecho de propiedad de la finca se practique a favor del último. El contrato real es un contrato abstracto, no porque no tenga causa –la tiene y es el contrato obligatorio– sino porque

la evolución jurídica de este último (su incumplimiento, su ineficacia, su modificación, etc...) no produce *per se* efecto alguno en aquél. Pongamos el ejemplo de una compraventa de inmueble en la que el vendedor se reserva la facultad de revocación *ad nutum*. Otorgado el contrato real, aun cuando después el vendedor ejercitarse su derecho, la propiedad del inmueble no se le atribuiría a él en tanto en cuanto no se formalizase un nuevo contrato real. De este modo, se protege sin excepción alguna la confianza en los pronunciamientos del Registro; la divergencia entre la realidad registral y la extrarregistral suele acreditarse probando el otorgamiento de contratos obligatorios no seguidos de contrato real alguno.

En Austria el contrato obligatorio otorgado por las partes constituye la causa de la adquisición. En la práctica, este contrato contiene la declaración de voluntad de las partes de hacer constar registralmente la mutación jurídico-real operada –“*Aufsandungserklärung*”–. No obstante, esta solicitud de modificación registral puede hacerse en un documento separado, público o privado, con firma legitimada en este último supuesto.

En Bélgica la transmisión de la propiedad inmobiliaria se consuma por el mero otorgamiento del contrato entre *tradens* y *accipiens*. No se requiere la forma escrita, aun cuando es la más utilizada. La nueva situación jurídica del inmueble sólo será eficaz *erga omnes* desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. Hay excepciones, como las donaciones o las constituciones de hipotecas: son negocios formales –deben constar por escrito– en los que, además de relaciones jurídicas de carácter real se crean otras de naturaleza personal.

En Chequia y en Eslovaquia la adquisición se produce con el otorgamiento de un contrato entre las partes –contrato que debe ser escrito en este último país.

En Estonia la transmisión de la propiedad del inmueble tiene lugar con el otorgamiento del contrato abstracto o real.

En Holanda también se recurre al doble pacto: el contrato obligatorio y el contrato real o abstracto.

En Hungría suele recurrirse a la figura del derecho de opción, por tiempo determinado, sobre bienes inmuebles, que será objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. Vigente el derecho, el optante podrá decidir unilateralmente adquirir el dominio del bien.

En Irlanda la inscripción registral suele aconsejarse por ser un medio de evitar las situaciones de doble venta y, además, porque rara vez las entidades bancarias conceden créditos con garantía real sobre bienes inmuebles.

En Portugal la transmisión *inter-vivos* de los inmuebles requiere el otorgamiento de una escritura pública –que formalice el acto o contrato que es causa de la adquisición– o una resolución judicial. Una y otra son oponibles *erga omnes* desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En Rusia la mutación jurídico-real inmobiliaria es consecuencia de la perfección de un contrato entre *tradens y accipiens*.

En Suiza el contrato obligatorio transmite la propiedad del inmueble –siempre y cuando haya sido otorgado ante notario–. La entrega posesoria subsiguiente es innecesaria a estos efectos. La publicidad registral garantiza la eficacia *erga omnes* de la adquisición realizada.

En Turquía los negocios sobre bienes inmuebles –incluida la promesa de venta de los mismos –no producen efectos si no se otorgan ante notario o constan en otro documento público.

4. La inscripción.

En Alemania la inscripción es constitutiva; la transmisión del dominio de los inmuebles se opera, de ordinario, cuando se practica este asiento registral. No obstante, y como consecuencia de la unificación de las dos Alemanias, van surgiendo numerosas excepciones a esta regla: la adquisición del inmueble se produce, en ciertos casos, por ley o por decisión administrativa –aun cuando la inscripción registral sea posterior o simplemente no se lleve a cabo.

En Austria la inscripción en el Registro de la Propiedad es también constitutiva.

En Bélgica la inscripción dota de eficacia *erga omnes* a una transmisión inmobiliaria anterior.

En Chequia la inscripción es constitutiva. La transmisión inmobiliaria sólo produce efectos desde la presentación del título correspondiente en el Catastro parcelario.

En Eslovaquia la inscripción es obligatoria.

En Estonia la inscripción es constitutiva.

En Francia la inscripción dota de mayor eficacia a la transmisión.

En Grecia la inscripción es constitutiva –aun cuando el contrato real o abstracto, recordemos, debe hacer referencia a la causa de la transmisión–. Suelen ser los abogados (art. 41 de la Ley 3026/1954) y no los particulares ni notarios –salvo en pequeños municipios– quienes consultan el contenido del Registro.

En Holanda la inscripción es constitutiva.

En Portugal la inscripción es declarativa. Los títulos son llevados al Registro de la Propiedad por los particulares o por profesionales, pero no por notarios.

En Rusia no existe legislación en la materia.

En Suiza la inscripción en el Registro de la Propiedad de las transmisiones inmobiliarias es obligatoria.

En Turquía la inscripción es obligatoria.

5. El pago de impuestos.

¿Es necesaria la presentación del acto o contrato en una oficina liquidadora de impuestos?

En Alemania, sí –en cuanto al contrato obligatorio, no en cuanto al contrato real o abstracto–. El notario conserva la escritura matriz; lo que se presenta en el Registro de la Propiedad es una copia expedida por él. Tanto el notario como el adquirente tienen la obligación de presentar dicha copia en la oficina liquidadora competente y satisfacer el Impuesto sobre Adquisiciones Inmobiliarias. En el Registro de la Propiedad no podrá ser inscrito el acto o contrato en tanto no conste –mediante la correspondiente certificación fiscal– su presentación en la oficina liquidadora y, en su caso, el pago del citado impuesto. Las donaciones están sujetas al Impuesto sobre las Donaciones y Sucesiones. En ocasiones, una copia del acto o contrato debe presentarse en dependencias administrativas para obtener licencias o autorizaciones previas a la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En Austria la respuesta es afirmativa con relación al contrato obligatorio (el plazo para su presentación en la oficina liquidadora competente es de un mes a contar del otorgamiento).

En Bélgica el notario está encargado de hacer la oportuna presentación fiscal. La escritura matriz, que es la presentada, se devuelve al notario una vez hecha constar la correspondiente diligencia por la Administración tributaria. Posteriormente, el notario protocoliza la escritura y expide copias en las que hará constar el cumplimiento de las formalidades fiscales. Presentada en el Registro de la Propiedad, allí será copiada literalmente en el folio abierto a la finca –se sigue un sistema de transcripción, no de inscripción–; la copia, una vez inscrita, será devuelta al adquirente con la mención del asiento registral practicado; se acompaña a la copia una certificación registral de cargas que contenga las operaciones realizadas.

En Chequia la presentación del documento notarial a efectos fiscales no es necesaria.

En Eslovaquia, la respuesta es afirmativa.

En Francia, Estonia y Rusia la respuesta a la cuestión planteada es negativa.

En Grecia el notario prepara –con anterioridad al otorgamiento de la escritura– una declaración que contiene la identidad de las partes, su domicilio, la identificación del inmueble transmitido, su precio y demás elementos esenciales del negocio que se presentará en la oficina liquidadora competente. Una vez satisfecho el impuesto, se acreditará este extremo al notario autorizante de la escritura –aportando el correspon-

diente certificado administrativo y una copia de la declaración a la que hemos hecho referencia. El certificado será custodiado por el notario y la *copia de la declaración será unida a la copia de la escritura.*

En Irlanda el plazo para la presentación fiscal es el de treinta días a partir de la fecha de otorgamiento. El tipo fiscal oscila entre un tres y un seis por ciento. Toda liquidación no ingresada en plazo devenga intereses y recargo de demora. No cabe la inscripción del acto o contrato en el Registro de la Propiedad sin el previo cumplimiento de las obligaciones fiscales. Generalmente, el precio de la venta se paga una vez presentada la escritura en la oficina liquidadora, no antes.

En Holanda todos los documentos notariales, a excepción de los testamentos, deben ser presentados por el propio notario en la oficina liquidadora competente en el plazo de diez días a contar desde el otorgamiento. Sin embargo, el incumplimiento de las obligaciones fiscales no impide la eficacia del acto o contrato ni su eventual inscripción registral. La Administración tributaria comprueba la correspondencia entre el valor declarado y el valor objetivo fijado oficialmente.

En Portugal corresponde al adquirente hacer la presentación de la escritura en la oficina liquidadora competente.

En Hungría no se requiere la presentación a efectos fiscales. Únicamente son conocidos los supuestos de solicitud de licencias administrativas necesarias para la eficacia del acto o contrato (menores, incapaces, inversores extranjeros...).

En Suiza corresponde al notario enviar a la Administración tributaria información del acto o contrato otorgado ante él, a efectos de la liquidación del Impuesto de Transmisiones, de Sucesiones o de Donaciones. El vendedor debe formular una declaración a la Administración tributaria –con diligencia puesta en ella por el notario autorizante– para que aquélla le gire la correspondiente liquidación por el concepto de incremento o disminución de valor de la finca transmitida.

En Turquía las liquidaciones –preparadas por funcionarios administrativos– de los impuestos de Transmisiones, Sucesiones y Donaciones deben ingresarse en una cuenta corriente bancaria del Tesoro con anterioridad al otorgamiento del acto o contrato.

6. La gestión.

En Alemania el transmitente y el adquirente firman ante notario el contrato obligatorio; simultánea o posteriormente, y también ante notario, ambas partes otorgan un contrato real –“acuerdo de transferencia de la propiedad”–, de carácter abstracto, por el que el primero consiente que en el Registro se inscriba el dominio del inmueble a favor del adquiren-

te. En el Registro de la Propiedad debe presentarse, además del contrato real o abstracto, la justificación documental y fehaciente de todas las licencias administrativas exigidas por la eficacia del acto o contrato y la presentación de la escritura que contenga el contrato obligatorio en la oficina liquidadora competente. Una vez inscrita la transmisión dominical en el Registro de la Propiedad se considerará eficaz dicha transferencia; no obstante, hay supuestos de inscripciones registrales meramente declarativas. Pongamos un ejemplo: tres personas aparecen en el Registro de la Propiedad como propietarios, como herederos del anterior titular registral. Uno de los coherederos vende su cuota a otro coheredero. Para inscribir dicha venta en el Registro será necesario aportar el contrato de compraventa –otorgado ante notario y liquidado del Impuesto de Adquisiciones Inmobiliarias–, el contrato abstracto de transmisión y la solicitud de inscripción –esta última puede ir firmada tan sólo por una de las partes contratantes.

En Austria existe libertad de forma en cuanto al contrato generador de obligaciones se refiere (compraventa, permuta, donación ...) –con algunas excepciones–. El contrato real o abstracto –“Aufsandungserklärung”– requiere la forma notarial. Esta última escritura es la que se presenta en el Registro de la Propiedad, junto con cualquier prueba del contrato obligatorio y la justificación del pago de los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones o Donaciones –según proceda–. La solicitud de inscripción, firmada por el adquirente, se dirigirá al tribunal encargado de la llevanza del Registro de la Propiedad. Recordemos que las normas sobre Derecho material figuran en el Código civil y que las prescripciones formales se contienen en la Ley reguladora del Registro de la Propiedad.

En Bélgica el transmitente firma –en primer lugar– con el adquirente un documento privado denominado “compromiso de venta”. En realidad es una compraventa perfecta, ya que hay acuerdo sobre la cosa y el precio. Suele pagarse, al firmar este documento, una parte del precio al vendedor (de ordinario, un 10 por 100). La entrega de la posesión y la adquisición del dominio quedan pospuestas hasta el momento en que la escritura pública notarial se otorga. El notario comprueba diversos extremos antes de autorizar el documento: estado de cargas de la finca, situación fiscal del transmitente, aspectos urbanísticos de la transmisión, normas de comunidad en el régimen de propiedad horizontal y en el de “time-sharing”... La escritura debe otorgarse dentro del plazo previsto por la ley para el pago de los impuestos de gravan la transmisión: es decir, dentro de los cuatro meses siguientes a la firma del documento privado. La parte pendiente del precio suele pagarse en el momento de otorgar la escritura. La gestión posterior al otorgamiento de la escritura (pago de impuestos e inscripción registral) es realizada por el notario.

En Chequia el transmitente y el adquirente firman un documento de transmisión una vez que han alcanzado un acuerdo sobre las circunstancias del contrato, documento que junto con el título del transmitente y con otros complementarios será presentado en el Catastro inmobiliario, organismo que calificará la transmisión y, si la encuentra ajustada a Derecho, procederá a la práctica de la inscripción correspondiente.

En Eslovaquia la inscripción se lleva a cabo en el Catastro inmobiliario.

En Estonia, tanto el contrato generador de obligaciones (compraventa, donación, permuta...) como el contrato real o abstracto deben ser otorgados ante notario. Recordemos que la inscripción registral es constitutiva.

En Francia la presentación de la escritura pública para el pago de los impuestos que gravan la transmisión debe hacerse en el Registro de la Propiedad competente —la presentación a efectos fiscales y registrales se hace, de este modo, en la misma dependencia.

En Grecia nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

En Holanda el contrato generador de obligaciones suele concluirse verbalmente. El agente inmobiliario —el notario, en Amsterdam— redacta el correspondiente documento con una condición resolutoria, en el caso de la compraventa, para el supuesto de que el comprador no satisfaga el precio pactado a su debido tiempo. El notario debe examinar el título del *tradens* y el contenido del Registro de la Propiedad, poniendo especial cuidado en averiguar los siguientes extremos:

— Titularidad registral del vendedor.

— Estado registral de cargas.

Pero la transmisión requiere, además, el otorgamiento de una escritura independiente que formalice el acuerdo real o abstracto de transferencia de titularidad registral entre las partes, escritura que será objeto de inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad. El Impuesto de Transmisiones de una compraventa inmobiliaria se calcula a un tipo del 6 por 100; el notario se encarga de la liquidación fiscal de la escritura.

En Hungría, cuando los interesados confían a un notario la redacción de un contrato de compraventa, es posible el depósito del precio en una cuenta corriente bancaria abierta a nombre del propio notario para dicho contrato. Serán las partes las que determinen en qué circunstancias y bajo qué condiciones podrá el notario entregar el precio al vendedor.

En Portugal, transmitente y adquirente suelen firmar un contrato —en documento privado—. Después acuden al notario para informarse de todos aquellos requisitos y documentos necesarios para el otorgamiento de la escritura pública de transmisión. Una vez autorizado el documento público notarial, el adquirente se convierte en propietario de la cosa —aun cuando no haya tomado posesión material de la misma—. El notario expedirá posteriormente una copia de la escritura, que será el título que el

adquirente u otra persona a su ruego presentará en el Registro Predial o Registro de la Propiedad. Cuando el inmueble objeto de la transmisión se encuentre gravado con cargas reales, el notario advertirá esta circunstancia al adquirente con anterioridad al otorgamiento de la escritura.

En Rusia no existe legislación en esta materia.

En Suiza el notario plasma la voluntad jurídica de las partes –tras haber escuchado y analizado sus intenciones– con claridad y precisión en la escritura pública de compraventa. Tras la lectura del documento público notarial a los comparecientes, éstos lo firman en presencia del notario. Otorgada la escritura pública, el notario expide una solicitud de inscripción de la transmisión que dirige al Registro de la Propiedad y que se presenta en el Libro Diario. El registrador, tras diversos controles, procederá luego a reflejar la transmisión en el Libro de Inscripciones. Sin embargo, no todos los asientos registrales se practican en virtud de un documento notarial: algunos resultan de lo dispuesto en las leyes y otros se fundan en una resolución judicial o administrativa. Destaquemos que cuando se produce la venta de las acciones de una sociedad propietaria de un inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad tal operación no es inscribible, ya que el dueño de la cosa sigue siendo la misma sociedad.

Capítulo 9

Los requisitos administrativos en la transmisión de bienes inmuebles

1. Las autorizaciones.

¿Son necesarias ciertas autorizaciones administrativas para la eficacia de una transmisión inmobiliaria?

En Alemania pueden ser necesarias. Depende de cada caso.

En Austria dependerá igualmente de lo establecido en las leyes para cada supuesto. Corresponde a cada “Länder” la regulación de los requisitos de toda transmisión de bienes inmuebles situados en su territorio. Caben muchas situaciones dispares pero, por lo general, se distingue entre las transmisiones “verdes” –de terrenos destinados a fines agrarios o ganaderos– y las denominadas “grises” –que se refieren a los demás bienes inmuebles–. La adquisición de inmuebles por extranjeros está sometida a autorización administrativa. No obstante, la legislación de los diferentes “Länder” ha evolucionado sensiblemente en esta materia desde el ingreso de Austria en la Unión Europea. Por ejemplo, en Viena, estas autorizaciones son ahora concedidas por la autoridad urbanística.

En Bélgica las autorizaciones que complementan el acto o contrato de transferencia dominical no tienen influencia alguna en la eficacia o ineficacia de la transmisión. Cabe citar entre dichas autorizaciones las de carácter urbanístico (parcelaciones, reparcelaciones, información de la situación urbanística, limpieza de terrenos contaminados ...); tampoco la ausencia de la certificación que debe expedir el Presidente de la Comunidad de propietarios del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal sobre la contribución a los gastos comunes del transmitente vicia la eficacia de la escritura de transmisión.

En Chequia se exigen previas o posteriores autorizaciones administrativas dependiendo del inmueble objeto de la transmisión.

En Eslovaquia las autorizaciones administrativas no afectan a la eficacia del acto o contrato traslativo del dominio.

En Estonia en algunas zonas del territorio las personas jurídicas no pueden adquirir inmuebles sin autorización especial concedida por el Delegado del Gobierno en dicho territorio.

En Grecia deben incorporarse a las escrituras de transmisión de bienes inmuebles los siguientes documentos:

- Certificado de la Administración fiscal que acredite que el inmueble objeto de la proyectada transmisión había sido incluido por el *tradens* en su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como mínimo en los dos ejercicios anteriores (Ley 2238/1994).

- Certificado de la Administración fiscal que acredite que el *tradens* no resulta deudor a la Hacienda Pública.

- Cuando el título del *tradens* sea una donación o una herencia, debe incorporarse a la escritura de transmisión una certificación de la Administración fiscal acreditativa del pago de todos los impuestos derivados del citado título.

- Certificado del Ayuntamiento en cuyo término municipal se sitúe el inmueble que acredite que el propietario de éste se encuentra al corriente del pago de cualquier impuesto municipal derivado de la titularidad de dicho bien.

En ausencia de uno cualquiera de estos certificados, el notario no puede autorizar la escritura de transmisión; si lo hace, incurrirá en responsabilidades penales, disciplinarias y tributarias.

En Holanda nunca se hace necesaria una previa o posterior autorización administrativa para transferir la propiedad de un bien inmueble. No obstante, en las licencias de construcción de edificios de protección oficial suele incluirse –con el fin de evitar la especulación– una prohibición de disponer de ellos durante cierto período de tiempo.

En Hungría no es frecuente la incorporación al título de autorizaciones administrativas. No tienen influencia en la eficacia de la transmisión inmobiliaria.

En Irlanda sólo las cartas de pago de los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones y Donaciones suelen acompañarse al título.

En Portugal ciertas autorizaciones administrativas son necesarias para la transmisión de determinados bienes inmuebles.

En Rusia no hay legislación en esta materia.

En Suiza son necesarias las autorizaciones en ciertos casos (adquisición de bienes inmuebles por extranjeros, transmisión de explotaciones agrarias, transmisión de viviendas arrendadas...).

En Turquía las autorizaciones administrativas no tienen incidencia en la eficacia del acto o contrato traslativo sometido a ellas.

2. Las limitaciones de precios.

¿Hay limitaciones en el precio de las ventas de inmuebles?

En Alemania en ciertas zonas –con la finalidad de evitar la especulación.

En Austria sólo en algunos “Länder” y respecto de ciertas viviendas de protección oficial –aun cuando estas limitaciones tienden a desaparecer– o por motivos urbanísticos –para evitar la especulación.

Ni en Bélgica ni en Chequia existen tales limitaciones.

En Estonia, Francia y Hungría no existen tales limitaciones.

En Holanda no existen tampoco limitaciones de precios. Sucede lo mismo en Portugal, Rusia y Eslovaquia.

En Irlanda sólo existen limitaciones de precios en los supuestos a que se refiere la Financial Act de 1991: cuando se trata de transmisiones gravadas con un Impuesto de Transmisiones inferior al ordinario (6 por 100).

En Suiza no existen estas limitaciones cuando se trata de la transmisión de inmuebles urbanos. Por el contrario, en la transferencia de inmuebles agrícolas existen disposiciones muy estrictas: el precio no puede superar en un cinco por ciento el precio medio regional de los últimos cinco años para inmuebles de naturaleza similar.

En Turquía no se conocen las limitaciones de precios. Por razones fiscales, sin embargo, el valor consignado en una escritura de transmisión de un bien inmueble no puede ser inferior a la última valoración declarada por los interesados.

3. Las licencias urbanísticas.

¿Se requiere en ciertos supuestos la concesión de licencias urbanísticas?

En Alemania se exige la licencia de parcelación.

En Austria se exige la licencia de parcelación. Los requisitos que de-

ben reunir los edificios, desde un punto de vista urbanístico, son fijados por legislación de los diferentes “Länder”.

En Bélgica se exigen licencias de parcelación y reparcelación.

En Chequia se requiere la licencia de parcelación.

En Estonia se exige la licencia municipal de construcción.

En Francia se debe presentar la licencia municipal para cualquier segregación o parcelación de un terreno construido.

En Grecia se exige la licencia de parcelación.

En Holanda no se requiere ninguna licencia urbanística.

En Hungría pueden ser necesarias las licencias de construcción en ciertos casos.

En Irlanda la licencia de construcción será usualmente exigida por el adquirente –quien incluso elevará su obtención futura al rango de condición suspensiva del acto o contrato–. Sin embargo no existe una normativa que imponga su exhibición en caso de transmisión dominical de un inmueble.

En Portugal las escrituras públicas notariales que no reúnan los requisitos exigidos por la legislación urbanística se consideran nulas de pleno derecho.

Ni en Rusia ni en Eslovaquia son necesarias las licencias urbanísticas.

En Suiza deben observarse todas las prescripciones de la legislación urbanística de la Confederación, de los cantones y de los ayuntamientos.

En Turquía, además de la legislación urbanística hay que destacar la vigencia de una importante normativa sobre patrimonio-histórico-artístico que impone numerosas limitaciones en materia inmobiliaria (prohibición de derribo de ciertos edificios, de modificación de fachadas...).

4. La protección del medio ambiente.

La legislación sobre medio ambiente ¿impone la exigencia de licencias administrativas con incidencia en la eficacia de la transmisión inmobiliaria?

En Alemania depende de la legislación de los “Länder”.

En Austria es también una materia confiada al legislador de cada “Länder”.

En Bélgica la legislación sobre medio ambiente no tiene incidencia en la eficacia o ineficacia de las transmisiones de bienes inmuebles.

En Estonia el Estado es titular de un derecho de adquisición preferente en determinadas situaciones.

En Francia, Grecia y Suiza existe una legislación protectora del medio ambiente con repercusiones en la eficacia de determinados contratos traslativos.

En Chequia, Eslovaquia, Hungría, Irlanda, Portugal y Rusia, por el contrario, no se han dictado por el momento leyes protectoras del medio ambiente con eficacia jurídico-privada.

En Turquía, como ejemplo de normas imperativas en materia de protección del medio ambiente cabe citar las siguientes: obligación de equipar convenientemente las chimeneas de las fábricas, la prohibición de verter productos tóxicos a los ríos y mares, las reglas para evitar la contaminación atmosférica, la prohibición de calefacciones centrales de carbón en las grandes ciudades, los controles administrativos para la tala de árboles...).

5. La legislación agrícola.

¿Se requieren ciertas autorizaciones administrativas derivadas de la legislación agraria?

En Alemania y en Hungría la respuesta es afirmativa.

En Austria la transmisión de explotaciones agrarias se somete –por exigencias de la legislación de la práctica totalidad de los Länder– a licencia administrativa. No se precisa la autorización si el adquirente es el cónyuge o pariente próximo del *tradens*.

En Chequia, Eslovaquia y Estonia la respuesta es negativa.

En Francia el régimen jurídico del terreno está contenido en los respectivos Planes de Ocupación del Suelo elaborados por cada Ayuntamiento.

En Grecia la exigencia de autorizaciones administrativas que afectan al suelo rústico resulta de las siguientes normas: Decreto-Ley 2148/1952, Decreto-Ley 2185/1952, Ley 1558/1985 y Ley 1544/1952.

En Irlanda no se exigen autorizaciones administrativas. Una excepción a esta regla la representan las ventas de cuotas lecheras (que se consideran parte integrante de la finca).

En Portugal cabe citar dos importantes leyes: una sobre la Reserva Ecológica Nacional (REN) y la otra sobre la Reserva Agrícola Nacional (RAN).

En Rusia el cambio de cultivo de un terreno está sometido a autorización administrativa.

En Suiza el legislador federal ha adoptado reglas muy estrictas en materia de Derecho Inmobiliario Rural (transmisión de explotaciones, hipotecas, divisiones...). Lo mismo cabe decir de los respectivos legisladores cantonales.

En Turquía existen normas sobre plantaciones de productos especiales y para impedir cosechas excesivas.

6. Otras autorizaciones.

En Alemania la primera transmisión de un bien inmueble situado en el territorio de la antigua República Democrática que tenga lugar una vez producida la anexión requiere de una autorización administrativa especial dictada en un procedimiento en el que se trata de proteger a los legítimos dueños de dichos inmuebles, ofreciéndoles un determinado plazo para que puedan oponerse a la transmisión proyectada que lesione sus derechos. También necesitan la autorización de sus órganos de gobierno las fundaciones y las corporaciones territoriales que enajenan bienes inmuebles de su propiedad.

En Estonia la legislación del Patrimonio Histórico regula los derechos de adquisición preferente del Estado y del Ayuntamiento respectivo en la enajenación de bienes inmuebles calificados como monumentos históricos.

En Grecia, la Ley 1892/1990 y el Decreto Presidencial de 22 de junio de 1927, determinan la extensión del territorio nacional fronterizo: las ventas y donaciones de inmuebles situados en esta zona así como la transmisión de acciones de sociedades en cuyo patrimonio se incluyan dichos inmuebles están prohibidas, salvo autorización administrativa.

En Irlanda pueden citarse algunos ejemplos procedentes de la legislación especial: la transformación de edificios accesorios de explotaciones agrarias en vivienda, la transmisión de un inmueble de una entidad eclesiástica (“charity sale land”) –que requiere la autorización de un funcionario denominado “charity commissioner”.

En Holanda existe un derecho de adquisición preferente reconocido al Ayuntamiento sobre ciertos inmuebles situados en el territorio del término municipal.

En Rusia se requiere una autorización especial para afectar a un nuevo destino inmuebles procedentes de una privatización estatal.

En Suiza el Registro de la Propiedad no proporciona completa seguridad sobre el estado jurídico de un inmueble debido, sobre todo, a la pluralidad de limitaciones administrativas que no tienen acceso a aquél.

Como ejemplo de tales limitaciones “extrarregistrales” citaremos las siguientes: las derivadas del régimen urbanístico de la finca, de la legislación sobre medio ambiente, sobre carreteras, sobre explotaciones agrarias... Corresponde al notario informar a los comparecientes sobre la vigencia de dichas limitaciones –cuya ignorancia no se considera buena fe a efectos de la publicidad registral.

En Turquía, son limitaciones de la propiedad la prohibición de construir edificios situados a menos de cien metros del litoral costero, en zonas militares, en el territorio próximo a centrales nucleares, en enclaves de interés histórico-artístico o en las proximidades de museos al aire libre...

7. Los tanteos y retractos de Derecho Público.

En Alemania pueden destacarse los contenidos en la legislación de montes, en la reguladora del patrimonio histórico-artístico y en las normas protectoras del medio ambiente. También los hay de origen urbanístico. Y ya hemos citado el caso de las primeras transmisiones de inmuebles en territorio de la antigua República Democrática desde la reunificación: los verdaderos propietarios pueden ejercitar un derecho de adquisición preferente.

En Austria citaremos los establecidos en la legislación de viviendas de protección oficial –derechos de adquisición preferente que junto a las prohibiciones de disponer tratan de impedir la especulación–. Cualquier transmisión de una vivienda de protección oficial requiere una autorización administrativa especial, salvo que el adquirente sea el cónyuge o un pariente próximo del transmitente.

En Bélgica hay entidades regionales –procedentes de la transformación de la antigua “Société Nationale Terrienne”, de carácter estatal– que prestan su colaboración en la preparación y ejecución de toda actuación relacionada con la explotación de inmuebles rurales. Se reconoce a estas entidades un derecho de adquisición preferente (art. 1 de la Ley de 22 de julio de 1970) de ciertos inmuebles rústicos con el fin de asegurar la creación de explotaciones agrarias económicamente rentables –para lo que se necesitan, entre otros recursos, parcelas continuas y regulares próximas al centro de explotación, canales de regadío, accesos a las fincas, instalaciones modernizadas...–. El derecho de adquisición preferente reconocido a estas entidades regionales tiene carácter imperativo, por lo que no es renunciabile. La delimitación de las zonas del territorio en la que se aplican estos derechos de adquisición preferente se hace por Decreto. El derecho de adquisición preferente ha de referirse a las ventas de inmuebles rústicos destinados a una explotación agraria. Como excepciones a los derechos de adquisición preferente citados cabe mencionar la existencia de relaciones de parentesco entre el transmitente y el adquirente, la concurrencia de derechos de adquisición preferente de mejor grado (el de arrendatarios y copropietarios) o las promesas de venta de fecha fehaciente anteriores a la publicación oficial del Decreto de delimitación.

En Chequia deben señalarse los derivados de la Ley del Patrimonio Histórico-Artístico.

En Estonia el Estado ha tenido –desde el 1 de diciembre de 1993 al 1 de enero de 1999– un derecho de adquisición preferente en la transmisión de cualquier inmueble situado en el territorio nacional.

En Francia cabe citar:

— El derecho de adquisición preferente por razones urbanísticas re-

conocido a los Ayuntamientos respectivos o a la SAFER ("Société d'Aménagement Foncier et d'Etablissement Rural).

— El reconocido al arrendatario rústico.

— El del arrendatario urbano.

— El que tiene a su favor el copropietario de la cosa transmitida.

En Grecia, a la expropiación por causas de utilidad pública se refieren las Leyes 947/1979 y 998/1979. De acuerdo con la primera de estas normas, cabe la expropiación de terrenos e inmuebles con destino a espacios verdes o edificios públicos. Según la segunda de las leyes citadas, es también posible la expropiación de superficies forestales para su repoblación y de aquellas que hubieran sido destruidas por un incendio.

Ni en Hungría ni en Irlanda se conocen los derechos de adquisición preferente de Derecho Público. Tampoco en Rusia ni en Eslovaquia.

En Holanda el Ayuntamiento puede ejercitar un derecho de adquisición preferente para la rehabilitación de edificios.

En Portugal destacan los derivados de la legislación protectora del Patrimonio Histórico-Artístico y ciertos derechos de adquisición preferente reconocidos a los Ayuntamientos.

En Suiza citaremos el establecido por el artículo 45 de la Ley cantonal de Vaud sobre protección de la Naturaleza y Patrimonio Histórico-Artístico.

En Turquía existen algunos derechos de adquisición preferente por razón de Derecho público.

8. Los tanteos y retractos de Derecho privado.

En Alemania caben –junto a los legales– los tanteos y retractos privados de origen convencional (inscribibles estos últimos en el Registro de la Propiedad). Se permite incluso a su titular ejercitar tales derechos en otras condiciones que las derivadas de la transmisión anunciada o proyectada.

En Austria se admiten los convencionales. Entre los legales, destacan los derivados de la legislación de viviendas de protección oficial.

En Bélgica el principio de libertad contractual permite la constitución de derechos de adquisición preferente de origen convencional. Es aconsejable que las partes detallen con minuciosidad el régimen jurídico de estos derechos de adquisición preferente. La interpretación de dichos contratos se hará conforme a las reglas generales contenidas en el Código civil. A quien alega ser titular de un derecho de adquisición preferente le corresponde probar dicho extremo. Entre los derechos de preferente adquisición de origen legal cabe citar el reconocido al arrendatario de finca rústica, siempre y cuando se den dos requisitos: ha de tratarse de un

arrendamiento rústico sometido a la legislación especial sobre la materia y la transmisión proyectada ha de ser precisamente una compraventa. El derecho de adquisición preferente del arrendatario rústico es transmisible.

En Eslovaquia y en Rusia se regula el derecho de adquisición preferente del comunero –para el supuesto de transmisión de una cuota de la cosa a un tercero no copropietario.

En Holanda caben los tanteos y retractos convencionales –que son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

En Hungría, además de la licitud de los tanteos y retractos de origen convencional y del derecho de adquisición preferente del comunero, en los supuestos de derecho de superficie se reconoce al propietario del edificio un derecho de adquisición preferente en la transmisión del terreno y al dueño de este último un derecho de adquisición preferente en la transmisión del edificio.

En Portugal, además del derecho de adquisición preferente del copropietario, tiene especial significación el reconocido a los colindantes de ciertos terrenos rústicos.

En Suiza, a los derechos de adquisición preferente legales y convencionales se refieren respectivamente el Código civil (art. 681 y ss.) y el Código de las Obligaciones (art. 216 y ss.). La legislación federal sobre explotaciones agrícolas también reconoce ciertos derechos de adquisición preferente para el caso de su transmisión. Según el artículo 681.3 del Código civil, los derechos de adquisición preferente de origen legal son preferentes a los convencionales. Los primeros son intransmisibles –ni tan siquiera cabe su transmisión independiente *mortis-causa*–. La renuncia o modificación de un derecho de adquisición preferente legal debe hacerse en escritura pública. Sin embargo, surgida la posibilidad de ejercitar tales derechos cabe su renuncia por escrito. Son derechos de adquisición preferente de origen legal el reconocido al comunero –para el supuesto de enajenación de una cuota del bien a tercero no copropietario–, los establecidos a favor del dueño de un terreno gravado con un derecho de superficie transmisible y de duración igual o superior a treinta años –en los supuestos de enajenación de este derecho o del edificio construido en virtud de su ejercicio– y a favor del titular del derecho de superficie –para los casos de transmisión del terreno gravado con el derecho citado–. En los supuestos de transmisión de explotaciones agrícolas –se consideran tales aquellos inmuebles y el conjunto de instalaciones en ellos situados que se destinan a una explotación agraria, siempre y cuando el titular y sus familiares dediquen a la empresa un mínimo de 2.100 horas anuales– los descendientes del titular, así como los hermanos y hermanas del mismo y sus respectivos descendientes tienen un derecho de adquisición preferente respecto de aquellas explotaciones adquiridas por el titular de sus

padres con una antelación inferior a veinticinco años –sea por título *inter-vivos* sea por sucesión *mortis-causa*–. También tienen derecho de adquisición preferente los descendientes del propietario que enajena una finca rústica, siempre y cuando sean titulares de alguna explotación agrícola situada en las proximidades del inmueble transmitido (se consideran próximos los situados a menos de cuatro kilómetros de distancia). Otro derecho de adquisición preferente legal es el reconocido –para el supuesto de transmisión del inmueble arrendado– al arrendatario rústico con una antigüedad superior a los nueve años y cultivador personal o con una antigüedad superior a los seis años y titular de una explotación agrícola próxima (el arrendatario rústico no puede renunciar anticipadamente a su derecho de adquisición preferente).

En Turquía cabe destacar el derecho del copropietario en la enajenación de cuotas a terceros (art. 653 Código civil).

Capítulo 10

El objeto de la transmisión inmobiliaria

1. Las superficies terrestres inalienables.

¿Existen superficies terrestres de propiedad privada excluidas del tráfico jurídico?

En Alemania, no. Únicamente puede pensarse en la limitación que afecta al dueño de un terreno que, posteriormente, adquiere el dominio del edificio propiedad de un tercero y construido sobre su predio: no podrá transmitir ni el suelo ni el edificio en tanto no haga constar formalmente la reunificación de su propiedad en el Registro de la Propiedad.

En Austria pueden citarse las restricciones a la transmisión de explotaciones agrícolas, a la adquisición de inmuebles por extranjeros y las derivadas de la legislación urbanística.

En Bélgica, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Holanda y Portugal la respuesta a la interrogante formulada es negativa.

En Francia y en Hungría la respuesta –salvo la existencia de prohibiciones de disponer– es también negativa.

En Rusia están fuera del comercio jurídico los bosques y las reservas naturales protegidas por el Estado.

En Turquía las restricciones a la transmisión de inmuebles de propiedad privada son las siguientes:

— Los extranjeros sólo pueden adquirir ciertos bienes inmuebles libremente.

— También hay limitaciones para la compra de terrenos rústicos cuya superficie sea superior a las 30 hectáreas.

— Finalmente, en las zonas de seguridad militar calificadas como de primer grado —salvo excepciones— todos los inmuebles son susceptibles de expropiación.

2. Los fraccionamientos de terrenos.

¿Existen requisitos especiales para el fraccionamiento de terrenos?
¿Qué consecuencias tiene para el adquirente de una parcela un fraccionamiento ilegal de terrenos?

En Alemania la transmisión de una superficie que no coincida con la catastrada puede hacerse por contrato obligacional; el contrato real o abstracto sólo puede otorgarse cuando el catastro haya reflejado el fraccionamiento del terreno, asignándose a la parcela un nuevo número catastral. En los nuevos Länder puede hacerse el fraccionamiento de predios antes pertenecientes al Estado con apoyo gráfico en planos topográficos especiales.

En Austria nos remitimos a lo expuesto respecto de las construcciones en suelo ajeno.

En Bélgica, desde el punto de vista civil es perfectamente válida una transmisión de un inmueble cuya superficie no coincida con la asignada por el catastro. La transmisión de la propiedad sólo requiere el concurso del consentimiento, el objeto y la causa. La ausencia de la preceptiva licencia de parcelación urbanística o el hecho de no haber notificado oportunamente el proyecto de división de una finca rústica pueden acarrear sanciones administrativas e incluso penales, pero nunca la ineficacia del acto o contrato traslativo. El notario que autorice la escritura pública en los supuestos anteriores responderá de los daños y perjuicios causados. No obstante, cabrá la anulación de la transmisión por error o vicio del consentimiento en los casos de graves infracciones.

En Chequia el adquirente no se convierte en propietario de las parcelas resultantes de un fraccionamiento ilegal. La transmisión de una parcela requiere una previa parcelación documentada gráficamente en un plano geodésico. En el contrato real o abstracto de transmisión, la parcela transmitida será designada con el número parcelario que le haya correspondido en el citado plano geodésico —que deberá incorporarse como anejo al contrato—. En la inscripción registral se hará también mención de dicho número parcelario.

En Estonia, Hungría y Rusia no hay reglas especiales en materia de fraccionamientos de terrenos.

En Francia y Eslovaquia se exige en todo caso una previa medición realizada por experto titulado.

En Holanda hay que recordar que al derecho de superficie pendiente de ejercicio no se le asigna número independiente en el Catastro inmobiliario.

En Portugal existe una legislación sobre unidades mínimas de cultivo. El fraccionamiento debe hacerse constar en el Catastro.

En Suiza el fraccionamiento de terrenos debe ser objeto de una autorización especial. Para su obtención, las parcelas resultantes deben tener una superficie mínima –tanto en el orden urbanístico como en la normativa agraria.

En Turquía, según el artículo 18 de la Ley de Reconstrucción, número 3.194, de 3 de mayo de 1985, no son lícitas las ventas ni las promesas de ventas de las parcelas resultantes de un futuro fraccionamiento de terrenos. Se exceptúan de dicha prohibición las enajenaciones forzosas, las transmisiones *mortis-causa* y, en general, las transmisiones que cuenten con la correspondiente autorización administrativa.

Capítulo 11

Los elementos personales (I): el transmitente. La transmisión de cuotas en comunidades

En Alemania y Holanda cada comunero puede libremente transmitir su derecho en la comunidad sin necesidad del consentimiento de los demás copropietarios, salvo que se haya establecido expresamente un derecho de adquisición preferente que puedan ejercitar estos últimos –que sólo será eficaz frente a terceros desde su inscripción en el Registro de la Propiedad– o que se haya previsto el consentimiento necesario de todos los comuneros para la enajenación de una cuota en copropiedad. No existe comunidad cuando quien adquiere es una persona jurídica.

En Austria cada copropietario puede disponer libremente de su parte en la comunidad.

En Chequia no se exige el consentimiento de los demás comuneros para que un copropietario pueda enajenar su parte en la comunidad, aun cuando se reconoce a los mismos un derecho de adquisición preferente que pueden ejercitar salvo que la enajenación se haga a favor de parientes próximos del *tradens* (ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos o hermanas).

En Eslovaquia cabe la disposición de una cuota respetando el derecho de adquisición preferente de los comuneros. No podrá ejercitarse este derecho cuando el adquirente de la cuota sea una pariente próximo del transmitente.

En Estonia se reconoce a los copropietarios un derecho de adquisición preferente de la cuota enajenada por uno de ellos a un extraño. No se consideran extraños a estos efectos los ascendientes y descendientes del comunero que enajena su parte.

En Francia cada copropietario en régimen de comunidad de bienes puede disponer libremente de su cuota indivisa.

En Grecia cada comunero puede disponer de su parte en la comunidad como si se tratase de la enajenación ordinaria de una cosa.

En Hungría, Portugal y Rusia la disposición de una cuota es lícita pero se reconoce a los comuneros un derecho de adquisición preferente.

En Suiza, cada copropietario puede disponer libremente de la cuota indivisa de la que es titular aun cuando los demás comuneros podrán ejercitar su derecho de adquisición preferente.

En Turquía el comunero no necesita el consentimiento de los demás para enajenar su parte en la comunidad. Sin embargo, los copropietarios pueden ejercitar su derecho de adquisición preferente –cuyo origen legal no impide una regulación convencional del mismo–. El derecho de adquisición preferente legal debe ejercitarse en el plazo de un mes a contar del conocimiento de la transmisión; el plazo para ejercitar el derecho de adquisición preferente convencional no puede exceder de diez años a contar de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad.

Capítulo 12

Los elementos personales (II): el adquirente

1. Adquisición por personas físicas extranjeras.

En Alemania no existe ninguna restricción para la adquisición de inmuebles situados en Alemania por personas físicas extranjeras, con respeto del régimen económico del adquirente.

En Austria la adquisición de inmuebles por extranjeros es una materia cuya regulación compete a los diferentes “Länder”. Todos ellos han aprobado una “Grundverkehrsgesetze” –ley aplicable a las transmisiones de bienes inmuebles– que se refiere, entre otras cuestiones, a las inversiones extranjeras en bienes de esta naturaleza. Como regla general, puede decirse que la adquisición por parte de extranjeros de inmuebles situados en territorio austríaco es lícita pero sujeta a ciertas restricciones que varían sensiblemente de un “Länder” a otro. En cualquier caso, el adquirente extranjero debe tener algún vínculo de conexión –económico, social o cultural– con la localidad o con el “Länder” de situación del inmueble.

La realidad de la vinculación alegada debe ser demostrada en un procedimiento administrativo específico. Por otra parte, los nacionales de países miembros de la Unión Europea no precisan de autorizaciones administrativas especiales.

En Bélgica no existe ninguna limitación para que los extranjeros adquieran terrenos inmuebles situados en dicho país.

En Chequia cabe la adquisición *mortis-causa* de inmuebles por parte de extranjeros. Pero sólo los residentes pueden adquirirlos *inter-vivos*. No obstante, existen ciertas excepciones:

- Los extranjeros no residentes pueden adquirir *inter-vivos* cuotas de bienes inmuebles de los que sean copropietarios.

- Los extranjeros no residentes pueden adquirir bienes inmuebles situados en Chequia por donación de sus padres.

- Los extranjeros no residentes casados con persona de nacionalidad checa pueden adquirir *inter-vivos* bienes inmuebles, si lo hacen conjuntamente con su cónyuge.

En Eslovaquia, de acuerdo con el párrafo 25 de la Ley 457/1992 sobre Control de Divisas sólo está permitida la adquisición de inmuebles en dicho país por un extranjero en los siguientes supuestos:

- Por sucesión *mortis-causa*.

- Adquisiciones por Estados extranjeros, para sedes diplomáticas, y siempre que se respete el principio de reciprocidad.

- Adquisiciones conjuntas por marido y mujer, cuando sólo uno de ellos sea extranjero.

- Bienes inmuebles adquiridos por un extranjero persona física, por permuta realizada con su cónyuge, con sus padres o abuelos, a cambio de bienes situados en el extranjero y siempre que el valor del inmueble situado en Eslovaquia no sea superior al de estos últimos.

- Adquisiciones de cuotas indivisas de bienes inmuebles de los que el extranjero fuera copropietario.

- Edificios construidos por el extranjero sobre terrenos de su propiedad.

- Adquisiciones amparadas en una ley especial.

En Estonia, como regla general, puede decirse que no hay limitaciones para los extranjeros. Sin embargo, la adquisición de un terreno por parte de un extranjero requiere autorización administrativa. Existen, además, ciertas zonas del territorio nacional en las que, por razones de interés militar, se prohíbe la adquisición de inmuebles por extranjeros –aun cuando el Gobierno puede autorizar excepcionalmente ciertas transmisiones.

En Francia no existen restricciones a la adquisición de inmuebles por parte de los extranjeros.

En Grecia los extranjeros pueden adquirir inmuebles situados en dicho país en las mismas condiciones que los nacionales.

En Hungría está prohibida la adquisición por parte de extranjeros de terrenos rústicos. Pueden adquirir los demás bienes inmuebles previa la correspondiente autorización administrativa.

En Holanda y Portugal ninguna restricción existe respecto de la adquisición de bienes inmuebles por parte de extranjeros.

En Rusia, por el momento, no existe legislación en la materia.

En Suiza la legislación aplicable a la adquisición de bienes inmuebles por extranjeros es muy restrictiva. La última legislación federal data de 16 de diciembre de 1983, que somete a autorización cantonal la transmisión de bienes inmuebles a personas que no tengan la nacionalidad suiza. A estos efectos, son consideradas extranjeras las personas físicas no residentes y las personas jurídicas o estructuras patrimoniales cuyo domicilio social estatutario o efectivo se encuentre situado en un país extranjero. Como regla general, puede decirse que la autorización será concedida cuando la superficie útil de la vivienda transmitida y destinada a residencia habitual no sobrepase los 200 metros cuadrados; la vivienda destinada a segunda residencia no podrá tener una superficie superior a 100 metros cuadrados, a estos efectos. Cuando se trate de inmuebles no constituidos en régimen de propiedad horizontal, la autorización sólo será concedida —por lo general— cuando la superficie total de aquéllos no exceda de los 1.000 metros cuadrados. Por otra parte, existe una legislación especial que afecta a las zonas de interés para la defensa nacional.

En Turquía, según el artículo 35 de la Ley Inmobiliaria la adquisición de bienes inmuebles por parte de los extranjeros está sometida a los principios de reciprocidad y legalidad. La apreciación de la existencia de reciprocidad es competencia exclusiva del Consejo de Ministros. En cuanto al principio de legalidad, diremos que las restricciones legales turcas en esta materia son las siguientes:

— Los extranjeros no pueden adquirir *inter-vivos* bienes inmuebles urbanos (art. 87 de la Ley Municipal).

— Los extranjeros necesitan autorización administrativa para adquirir *inter-vivos* bienes inmuebles de naturaleza rústica cuya superficie exceda de 30 hectáreas o que se encuentren en las proximidades del casco urbano. El Consejo de Ministros puede dispensar, en supuestos excepcionales, a los extranjeros de la autorización.

— De acuerdo con la legislación sobre zonas de interés para la defensa nacional, en las regiones calificadas como de primer grado no cabe propiedad privada ni de nacionales ni de extranjeros —todos ellos serán objeto de expropiación, en su caso—; no obstante, los nacionales podrán ser titulares de algunos derechos de uso y disfrute. En las zonas clasificadas como de segundo grado, está prohibida la adquisición de inmuebles por parte de los extranjeros.

— Finalmente, debemos señalar aquellas personas que hubieran sido privadas de la nacionalidad turca no pueden adquirir bienes inmuebles situados en Turquía.

2. Adquisición por personas jurídicas extranjeras.

En Alemania no existen restricciones a la adquisición por personas jurídicas extranjeras de bienes inmuebles situados en dicho país –aun cuando constitucionalmente es posible establecer alguna limitación a dicha adquisición.

En Austria, Bélgica, Eslovaquia, Grecia y Portugal se aplican las reglas expuestas en el epígrafe anterior.

En Chequia una persona jurídica extranjera no puede adquirir bienes inmuebles situados en dicho país.

En Estonia la adquisición de bienes inmuebles por parte de una filial o sucursal de una persona jurídica extranjera –inscrita en el Registro Mercantil de Estonia y sin personalidad jurídica propia– requiere autorización administrativa previa. El régimen aplicable a las personas jurídicas extranjeras de Derecho Privado inscritas en el Registro Mercantil de Estonia es el mismo que el vigente para las nacionales –que, a su vez, coincide con el expuesto en el epígrafe anterior.

En Francia todo extranjero –incluidas las personas jurídicas– puede adquirir libremente bienes inmuebles.

En Holanda no existen limitaciones para que una persona jurídica extranjera pueda adquirir bienes inmuebles. En ocasiones es difícil comprobar si quien dice actuar en nombre y representación de la persona jurídica extranjera es realmente su representante legal y tiene facultades suficientes: se solicita en estos supuestos una “legal opinion” o dictamen jurídico sobre esta cuestión.

En Suiza la legislación federal distingue los siguientes supuestos:

— Se necesita autorización para adquirir acciones de una sociedad anónima propietaria de un bien inmueble cuando, como consecuencia de dicha adquisición, el socio extranjero tenga una posición dominante en la sociedad.

— La adquisición por extranjero de una sola acción de una sociedad anónima cuyo activo esté constituido íntegramente por bienes inmuebles requiere previa autorización administrativa. También se exigirá dicha autorización en la adquisición por extranjeros de acciones de sociedades anónimas cuyo activo esté formado en más de una tercera parte por bienes inmuebles, cuando como consecuencia de la adquisición el socio extranjero pase a tener una posición dominante en la sociedad.

— Se considera que un socio extranjero tiene una posición dominan-

te en una sociedad de nacionalidad suiza cuando como consecuencia del porcentaje del capital social por él suscrito o por otras razones puede ejercer él, individualmente o en compañía de otras personas, una influencia preponderante en la gestión de la sociedad. Se presume legalmente esta posición dominante cuando los socios extranjeros reúnan la titularidad de más de una tercera parte de las acciones en que se divida el capital social de la compañía, cuando representen más de una tercera parte de los votos que pueden emitirse válidamente en una Junta General o cuando hayan prestado a la sociedad una cantidad de dinero que exceda de la mitad de la diferencia entre el activo y el pasivo contraído con ciudadanos suizos.

— Corresponde al notario hacer una declaración expresa para confirmar que los socios extranjeros no tienen una posición dominante en la sociedad, a los efectos anteriores.

En Turquía existen bienes inmuebles cuya propiedad pertenece a instituciones religiosas, sanitarias, científicas y de beneficencia extranjeras, por títulos de adquisición anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lausana. Pues bien, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Inmobiliaria dichas titularidades pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad, previo un procedimiento de verificación administrativa. Pero, dejando aparte esta cuestión de Derecho transitorio, el régimen de adquisición de bienes inmuebles por personas jurídicas extranjeras es el siguiente:

— La legislación sobre inversiones extranjeras establece el principio de equiparación entre las sociedades y personas jurídicas extranjeras y las nacionales.

— La legislación sobre desarrollo turístico autoriza con carácter general la adquisición de bienes inmuebles por personas jurídicas extranjeras que hayan obtenido previamente la certificación de explotación o inversión.

— El artículo 16 del Decreto número 32 —en materia de hidrocarburos— establece el régimen de la transferencia al exterior de las sumas obtenidas como consecuencia del arrendamiento o enajenación de bienes inmuebles de personas jurídicas extranjeras.

— La Ley del Petróleo —en vigor desde 1954— dispone que las personas jurídicas a las que se haya concedido una autorización de exploración o de explotación pueden adquirir bienes inmuebles con destino al ejercicio de su actividad propia (art. 87).

— En muchos Tratados internacionales ratificados por Turquía se reconoce el derecho de las personas jurídicas extranjeras a adquirir bienes inmuebles en dicho país.

— El artículo 13 del Tratado de Ankara —firmado por Turquía y por la Unión Europea— hace una remisión al artículo 54 del Tratado consti-

tutivo de la Comunidad Europea, según el cual toda persona jurídica de cualquier Estado miembro puede lícitamente adquirir bienes inmuebles situados en el territorio de otro Estado miembro.

Capítulo 13

La transmisión y los derechos de terceros: las cargas reales de la finca

A) La prueba de las cargas reales de la finca.

En Alemania las cargas reales de naturaleza ius-privatística resultan del Registro de la Propiedad. En muchos “Länder” existe un registro administrativo –“Baulastenverzeichnis”– que tiene por objeto la publicidad de las cargas administrativas y de las servidumbres y otros derechos reales de naturaleza pública.

En Austria las cargas reales de la finca –hipotecas, derechos de adquisición preferente, servidumbres, arrendamientos, prohibiciones de disponer, etc.– resultan del Registro de la Propiedad. Las cargas reales de naturaleza pública –como, por ejemplo, las derivadas de la legislación urbanística– se hacen constar en un Registro administrativo denominado “Gutsbestandsblatt”. La llevanza del Registro de la Propiedad se confía a los Tribunales de Justicia, con competencia territorial por razón del lugar de situación del inmueble. El Registro de la Propiedad está completamente informatizado. La consulta del contenido del Registro puede hacerse en cualquier oficina del mismo o en cualquier estudio notarial de Austria. El Catastro inmobiliario se halla en período de informatización.

En Bélgica las cargas reales de los inmuebles son publicadas por el Registro de la Propiedad, al que acceden todos los títulos de adquisición, los embargos, las hipotecas, etc... Sin embargo, no tienen acceso al Registro las limitaciones, cargas y servidumbres de Derecho Público; para conocerlas, es preciso consultar la legislación, las resoluciones y los registros administrativos.

En Chequia las cargas reales se publican en el Registro de la Propiedad –no sólo las de Derecho Privado sino también las de naturaleza administrativa–. La prueba de la situación jurídico-real de los inmuebles se hace mediante exhibición de una certificación del Registro.

En Eslovaquia dichas cargas se reflejan en el Catastro inmobiliario.

En Estonia las cargas reales de la finca son publicadas por el Registro de la Propiedad.

En Francia resultan de las Conservadurías de Hipotecas.

En Grecia, Hungría, Portugal y Suiza, dichas cargas son objeto de reflejo tabular en el Registro de la Propiedad.

En Holanda, además del Registro de la Propiedad existen varios Registros administrativos –de ordinario, de ámbito municipal– cuya finalidad es publicar cargas de naturaleza jurídico-pública (contaminación, destino de los inmuebles...).

En Rusia, por el momento, no existe un Registro de la Propiedad unificado.

En Turquía los derechos de terceros de buena fe son protegidos por el Registro de la Propiedad. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 931 del Código civil, la adquisición de la propiedad o de otro derecho real sobre un bien inmueble es válida si el adquirente ha confiado en los pronunciamientos del Registro de la Propiedad. No obstante hay que señalar que las limitaciones legales al derecho de propiedad perjudican a tercero aun cuando no se hayan hecho constar en el Registro. La cancelación y modificación de las cargas reales debe ser objeto de publicidad registral; no cabe la cancelación ni modificación de aquellas cargas establecidas para proteger un interés público (art. 657 Código civil). El Registro de la Propiedad es público.

B) Las cargas ocultas de Derecho Público.

En Alemania las contribuciones por obras públicas realizadas en beneficio del inmueble pueden ser exigidas al propietario actual y a los posteriores. En las ventas llevadas a cabo en subasta pública, el precio del remate se destina –en primer lugar– al pago de las deudas que consten en el Registro de la Propiedad.

En Austria son cargas ocultas los tributos, tasas y contribuciones que gravan la propiedad y los derechos reales de los inmuebles, incluso los de carácter local –como las tasas de las licencias urbanísticas–. También son cargas ocultas los compromisos urbanísticos –obligación de construir hasta cierta altura o con determinadas condiciones, etc.

En Bélgica el propietario debe siempre respetar las normas urbanísticas y las disposiciones de naturaleza fiscal. La publicidad de las leyes es preferente a la registral.

En Chequia es exigible de cualquier propietario del inmueble –incluso por el procedimiento de apremio– el impuesto que grava directamente su propiedad.

En Estonia los tributos que gravan la propiedad del inmueble.

En Francia no existen cargas ocultas de naturaleza administrativa.

En Grecia son exigibles de cualquier propietario los tributos que gravan el inmueble, especialmente los de carácter local correspondientes a las tres últimas anualidades. Dichos créditos, en el supuesto de enajenación del inmueble en subasta pública, son satisfechos con el precio del remate con preferencia a otros acreedores.

En Holanda son cargas ocultas el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales –el 6 por 100 del valor comprobado del inmueble adquirido–, los tributos anuales de origen local que gravan la propiedad del inmueble y la tasa correspondiente a las licencias urbanísticas.

En Hungría las establecidas en disposiciones de carácter general.

En Portugal no existen cargas ocultas de origen administrativo. Para perjudicar a tercero de buena fe deben constar en el Registro de la Propiedad.

Ni en Rusia ni en Eslovaquia puede tampoco hablarse de cargas ocultas de origen administrativo.

En Suiza existen supuestos de hipotecas legales –de origen federal o de origen cantonal–, bien inscribibles en el Registro de la Propiedad, bien ocultas. Las hipotecas legales se refieren a deudas que guardan una directa relación con el inmueble y son preferentes respecto de las de origen convencional y respecto de las demás cargas reales de la finca. Como ejemplos de hipotecas legales vigentes en el cantón de Vaud, inscribibles en el Registro de la Propiedad, podemos citar los siguientes:

a) De origen federal:

— Las que garantizan créditos privilegiados.

— La que garantiza el pago de la prima del seguro de incendios.

— Aquellas que pueden ser constituidas en garantía de tasas de concesiones hidráulicas.

— La que garantiza el impuesto exigible por el incremento de valor en un procedimiento expropiatorio.

b) De origen cantonal:

— Las que garantizan el pago de los impuestos directos municipales y cantonales.

— Las que garantizan el pago del Impuesto de Transmisiones y del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

— Las que pueden constituirse en garantía de tasas urbanísticas.

En Turquía las limitaciones legales del derecho de propiedad –como hemos expuesto anteriormente– perjudican a tercero aun cuando no se hayan hecho constar en el Registro. La cancelación y modificación de las cargas reales debe ser objeto de publicidad registral; no cabe la cancelación ni modificación de aquellas cargas establecidas para proteger un interés público (art. 657 Código civil).

C) Las cargas ocultas de Derecho Privado.

En Austria no existen cargas ocultas de Derecho Privado. Sólo producen efecto frente a tercero de buena fe las cargas de Derecho Privado que constan en el Registro de la Propiedad.

En Chequia, de acuerdo con la Constitución la expropiación y la venta forzosa de los bienes requieren causa de utilidad pública establecida por la ley y el previo pago de una justa indemnización; del mismo modo, existe reserva de ley en materia tributaria.

En Estonia los contratos de arrendamiento.

En Francia no existen cargas ocultas de Derecho Privado.

En Grecia las cargas ocultas son todas ellas de Derecho Público.

Tampoco en Hungría, Rusia ni Eslovaquia existen cargas ocultas de Derecho Privado.

En Holanda cabe citar los créditos de la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal por razón de los gastos de conservación y mejora del edificio.

En Turquía cabe citar:

— El derecho de adquisición preferente establecido que tienen los copropietarios de un inmueble en el supuesto de enajenarse una cuota a terceras personas (art. 659 Código civil).

— El artículo 661 del Código civil, que hace referencia a las llamadas relaciones de vecindad que convierten en ilícita una extralimitación en el uso de un inmueble –ruidos, olores, humos y otras actividades molestas, nocivas o peligrosas–, abuso prohibido en interés de quienes ocupan inmuebles próximos u otros departamentos del mismo inmueble.

Capítulo 14

La transmisión y los arrendamientos

En Alemania la transmisión no supone la extinción del arrendamiento salvo en dos supuestos:

— Cuando la venta se hace en pública subasta –el comprador puede entonces extinguir el contrato de arrendamiento.

— Cuando el objeto de la venta es una casa bifamiliar –entonces, salvo pacto en contrario, puede el comprador extinguir el arrendamiento.

En Austria se aplica el principio “venta no quita renta” –a pesar de que el tenor literal del artículo 1.120 del Código civil parece indicar lo contrario–. En realidad, las posibilidades que tiene el adquirente de extinguir el contrato de arrendamiento son muy limitadas (de acuerdo con la legislación especial, a la que quedan sujetos la mayoría de los arrendamientos de bienes inmuebles).

En Bélgica debe diferenciarse entre los contratos de arrendamiento de duración superior a los seis meses y los restantes. En los primeros, el arrendatario está protegido –subsistiendo su relación– aun en el supues-

to de transmisión de la finca arrendada; no obstante, el adquirente puede resolver el contrato para ocupar personalmente la vivienda o el local dando un preaviso al arrendatario con una antelación mínima de seis meses. En los demás arrendamientos, el adquirente puede libremente extinguir la relación arrendaticia anterior a la transmisión de la finca –sin perjuicio de la acción personal que pueden ejercitar los arrendatarios frente al arrendador-transmitente por incumplimiento de contrato–. Por tanto, es conveniente para el arrendador insertar en el contrato de transmisión una cláusula que obligue al adquirente a respetar el arrendamiento existente.

En Chequia el arrendamiento es oponible frente al adquirente de la cosa arrendada.

En Eslovaquia el adquirente sucede al *tradens* en cuantos derechos y obligaciones se derivan del arrendamiento anterior –quedando el arrendatario liberado de sus obligaciones frente al transmitente-arrendador desde que el adquirente le notifique la existencia y las circunstancias de la transmisión.

En Estonia la transmisión de un inmueble no produce la extinción del arrendamiento anterior de la cosa. La resolución de un arrendamiento cuyo plazo sea indefinido debe anunciarse al arrendatario con una antelación mínima de tres meses; si el plazo del arrendamiento es determinado, la extinción tendrá lugar *ipso iure* por el transcurso del mismo.

En Francia se aplica la regla “venta no quita renta”.

En Grecia, de acuerdo con los artículos 614, 615 y 618 del Código civil, la transmisión de una finca arrendada a plazo fijo o determinado lleva consigo la subrogación del adquirente en todos los derechos y obligaciones derivados de la relación arrendaticia –salvo pacto en contrario contenido en el contrato de arrendamiento–. A la transmisión se equipara la constitución de un derecho real limitado, salvo que el mismo no comprenda la facultad de uso –en cuyo caso el adquirente del derecho real está obligado a no impedir el uso del arrendatario–. Cuando se trata de arrendamientos de plazo indefinido, el adquirente puede resolver el contrato con la obligación de notificar su intención al arrendatario con una antelación mínima de un mes –si la relación arrendaticia dura un año o menos– o de dos meses –en los demás casos–; en estos supuestos, el arrendatario puede ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios contra el arrendador-transmitente. Para terminar, digamos que un arrendamiento de duración superior a nueve años sólo será oponible al adquirente cuando haya sido pactado en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad.

En Holanda rige el principio “venta no quita renta”. Sólo cabe la resolución del arrendamiento, y en supuestos excepcionales, cuando la adquisición haya tenido lugar en pública subasta.

En Portugal el arrendamiento es oponible al adquirente. Además, existe un derecho de adquisición preferente que puede ejercitar el arrendatario.

En Rusia el arrendamiento es también oponible al adquirente de la finca arrendada.

En Suiza, en virtud de la reciente modificación del Código de las Obligaciones el Derecho suizo sigue el principio “venta no quita renta”. Es decir, si después de la celebración del contrato de arrendamiento el arrendador enajena voluntariamente o en virtud de procedimiento judicial o administrativo su derecho de propiedad, el adquirente se subroga en todos los derechos y obligaciones derivados de la relación arrendaticia. Se aplica esta regla a cualquier transmisión *inter-vivos* como compraventas –incluso a las efectuadas en pública subasta–, donaciones, permutas y aportaciones a sociedades. Se asimilan a una transmisión *inter-vivos* las constituciones de derechos reales con facultad de uso de la cosa –como el derecho de habitación o el derecho de usufructo–. El principio “venta no quita renta” no es aplicable a las transmisiones *mortis-causa*. Hay que decir que el adquirente *inter-vivos* que haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad tiene la facultad de resolver anticipadamente el contrato de arrendamiento, siempre y cuando notifique su propósito al arrendatario con la antelación establecida por la ley –sin perjuicio de la acción que para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados puede de este último ejercitar frente al arrendador transmitente.

En Turquía el arrendamiento tampoco se extingue a pesar de la transmisión voluntaria *inter-vivos* de la finca arrendada. En los supuestos de ejecución singular o colectiva, el arrendatario puede negarse a pagar la renta al adquirente que no le garantice la continuación del arrendamiento –sin perjuicio, en caso de resolución anticipada, de las acciones que el arrendatario puede ejercitar frente al transmitente-arrendador–; si el adquirente no resuelve anticipadamente el contrato, queda subrogado en todos los derechos y obligaciones derivados de la relación arrendaticia (art. 254 de la Ley de Obligaciones). No obstante, hay que tener presente la aplicación a ciertos arrendamientos de la Ley especial 6.570/1955, de 18 de mayo. El artículo 7 de dicha ley –en su apartado 1.d)– faculta a los adquirentes de fincas arrendadas para resolver anticipadamente el arrendamiento para su ocupación personal como vivienda o como centro de trabajo. Se entiende por ocupación personal la llevada a cabo por el mismo adquirente, por su cónyuge o por cualquiera de sus descendientes. La resolución anticipada del arrendamiento sólo podrá tener lugar en los seis meses siguientes a la adquisición, con la obligación que se impone al adquirente de notificar su propósito al arrendatario, por escrito, en el mes siguiente a la transmisión.

Capítulo 15

Los vicios de la cosa transmitida

A) Los inmuebles no edificados.

En Alemania el adquirente puede reclamar sólo si ignoraba dichos defectos al tiempo de su adquisición. En algunos casos, el transmitente debe informar al adquirente sobre la existencia de ciertos defectos, aun cuando –por lo general– la carga de inspeccionar el estado físico de la cosa corresponde al adquirente.

En Austria existen muchas normas en materia de vicios ocultos –cuya detallada exposición excedería de los límites de este estudio–. Baste decir que el transmitente se obliga a que la cosa objeto de la transmisión reúna todas las características propias de un objeto análogo del mismo género y especie. En ausencia de tales condiciones, podremos hablar de defectos de la cosa. Cuando los vicios sean importantes y quepa su reparación, estará obligado el transmitente a sufragar esta última; cuando la reparación ordinaria de la cosa no sea posible, el adquirente podrá exigir la resolución de la transmisión. Asimismo, el adquirente puede ejercitar frente al transmitente una acción para la indemnización de los daños y perjuicios causados, aun cuando no está clara la compatibilidad de dicha acción con las anteriormente citadas –las llamadas “acciones de garantía”–. En la práctica, la transmisión de una finca se hace libre de cargas reales y de arrendamientos y en el estado físico que presente al tiempo del otorgamiento del contrato.

En Bélgica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.641 del Código civil, *el transmitente responde de todo vicio oculto de la cosa que la haga impropia para el uso a que haya sido destinada o que sea de tal importancia que quepa presumir que el adquirente –de haber conocido el defecto– no hubiera consentido la operación.* El transmitente responde de los vicios ocultos aun cuando él no tuviere conocimiento de los mismos (art. 1.643 Código civil). El adquirente podrá elegir entre la resolución de la transmisión o el mantenimiento de la misma, con una reducción del precio determinada por expertos (art. 1.644 Código civil). Sin embargo, en la práctica el transmitente impone la introducción en el contrato de la cláusula de exoneración de responsabilidad por vicios o defectos ocultos a que se refiere el artículo 1.643 del Código civil y, por tanto, queda liberado de sus obligaciones –salvo en caso de dolo.

En Chequia, cuando el transmitente conozca la calidad defectuosa de la cosa debe hacerlo saber al adquirente al tiempo de la celebración del acto o contrato de transmisión. La aparición posterior de vicios y defec-

tos ocultos permitirá al adquirente el ejercicio de una acción dirigida a la reducción del precio o, para defectos de grave relevancia, a la resolución de la transmisión. También podrá instar la resolución del contrato el adquirente cuando la cosa no reúna las condiciones físicas que el transmitente hubiera afirmado al tiempo de la transmisión así como también cuando se pongan de manifiesto vicios que el transmitente hubiese negado en dicho momento.

En Eslovaquia habrá que diferenciar los defectos manifiestos y los vicios ocultos. El transmitente ha de notificar al adquirente, al tiempo del otorgamiento del contrato, todos los defectos de la cosa de que tenga conocimiento. Si el objeto transmitido tuviera vicios ocultos —entendiendo por tales los no manifiestos ni notificados por el *tradens*— el adquirente podrá ejercitar una acción encaminada a la reducción del precio o —en los supuestos de defectos de suma relevancia— a la resolución de la transmisión.

En Francia los defectos de la cosa pueden tener como consecuencia la anulación de la transmisión —por error en las cualidades esenciales del objeto.

En Grecia el adquirente puede ejercitar varias acciones en defensa de sus derechos —arts. 514, 534, 535, 540 y 543 del Código civil—. El transmitente responde de cualquier defecto o vicio jurídico o físico que haga desaparecer o disminuir el valor o la utilidad de la cosa; responde también si la cosa no reúne las características especialmente pactadas. El adquirente puede exigir la reducción del precio o la resolución de la transmisión; cuando los vicios o defectos existieran al tiempo de otorgarse la transmisión (aun cuando no fueran conocidos por el transmitente), el adquirente podrá exigir —en lugar de las acciones anteriores— la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, por incumplimiento de contrato.

En Holanda el transmitente tiene obligación de suministrar al adquirente toda la información que tenga sobre la situación física y jurídica de la cosa; en la práctica, además, suelen pactarse ciertas garantías para asegurar los posibles defectos de la misma. De no hacerse así, el riesgo por vicios ocultos es asumido por el adquirente.

En Hungría las normas protegen al adquirente e imponen al transmitente la obligación de suministrarle una detallada información sobre la materia.

En Rusia varios artículos del Código civil establecen las consecuencias de la transmisión de un objeto de calidad defectuosa.

En Suiza las cláusulas pactadas en las transmisiones sobre garantías por defectos o vicios ocultos del objeto son analizadas con suma prudencia por el notario. En Derecho suizo, se entiende por garantía de un vicio o defecto el conjunto de derechos y acciones que se reconocen al adqui-

rente o al promotor en relación con los descubiertos en la cosa antes de la transmisión del riesgo. Se aplican las mismas reglas en materia mobiliaria e inmobiliaria (arts. 197 y ss. y arts. 367 y ss. del Código de las Obligaciones –los últimos, aplicables a contratos mercantiles–), salvo en algunas cuestiones a las que se refiere el artículo 219 de dicho texto legal –en particular, en cuanto a la prescripción de las acciones y a ciertos defectos–. Según el artículo 197 del Código de las Obligaciones, el transmitente responde frente al adquirente tanto respecto de las cualidades de la cosa prometidas por aquél como respecto de los vicios o defectos –materiales o jurídicos– que disminuyan o hagan desaparecer su valor o su previsible utilidad. La ignorancia del transmitente respecto de dichos defectos no le exime de responsabilidad. Las cláusulas de exoneración o limitación de esta responsabilidad serán nulas cuando el adquirente conociera –al consentirlas– los vicios de la cosa. El adquirente puede optar por resolver el contrato o por exigir una reducción del precio. Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad por vicios y defectos –sin perjuicio de lo dicho anteriormente– deben reunir, para su eficacia, los siguientes requisitos:

- Deben haberse establecido por acuerdo efectivo de ambas partes.
- Deben expresar claramente la voluntad de aquéllas de derogar el régimen legal.

- No pueden contrariar las normas de Derecho imperativo.

- De acuerdo con el artículo 199 del Código de las Obligaciones, serán nulas las cláusulas que liberen anticipadamente de responsabilidad al transmitente en caso de dolo o negligencia grave de éste.

En resumen, deben distinguirse los siguientes supuestos:

- Los defectos manifiestos del inmueble: cabe excluir la garantía por los vicios que el adquirente conociera o hubiera podido conocer tras un atento examen de la cosa.

- Los defectos ocultos del inmueble: puede pactarse una cláusula sobre garantía –bien para determinarla, limitarla o excluirla.

- Los defectos disimulados por el transmitente: no puede nunca excluirse o limitarse la responsabilidad de éste.

Los tipos de cláusulas pactadas en los contratos son, de ordinario, de dos tipos: las de exclusión de garantía –siempre y cuando el transmitente ignore la calidad defectuosa de la cosa– y las de limitación de garantías –bien se trate de una limitación temporal o de una limitación objetiva (ciertos vicios, ciertas zonas de la casa...)-.

En Turquía, salvo pacto en contrario, el transmitente no responde frente al adquirente de los vicios o defectos ocultos de la finca –en particular, del defecto de cabida–. El pacto de garantía no puede establecerse por tiempo superior a cinco años –a contar desde la adquisición– (art. 215 de la Ley de Obligaciones).

B) Los inmuebles edificados.

En Alemania, salvo que el transmitente quede liberado por pacto expreso de toda responsabilidad por los vicios o defectos ocultos del inmueble –posibilidad que admite el Código de Normas Generales sobre Contratos–, rigen las reglas expuestas anteriormente en el epígrafe A): es decir, responde el transmitente.

En Bélgica se aplican también –por lo general– las reglas anteriormente expuestas. No obstante, hay que hacer una salvedad relativa a las nuevas construcciones: existe un distinto régimen para la recepción provisional y para la recepción definitiva de las obras. La primera tiene lugar cuando la obra ha sido terminada, cumpliéndose de este modo el contrato de construcción. El inmueble se convierte entonces en habitable; el constructor responde de los vicios y defectos aparecidos después. La recepción definitiva tiene lugar una vez transcurridos dos años desde la recepción provisional y marca el inicio del plazo de prescripción decenal de la responsabilidad del constructor por los vicios y defectos ocultos, aun cuando convencionalmente puede adelantarse el día inicial de este plazo a la fecha de la recepción provisional.

En Chequia rigen las normas expuestas en el epígrafe A). El constructor responde del deterioro o destrucción del inmueble hasta el momento de la recepción de las obras.

En Estonia se encuentra en fase de elaboración el nuevo Derecho de Obligaciones. Por el momento, el régimen de los defectos de la cosa transmitida está contenido en el Código civil promulgado en época soviética. De acuerdo con dicho texto legal, en el supuesto de vicios ocultos, el adquirente tiene derecho a una reducción del precio, a la resolución del contrato, a la reparación a cargo del transmitente de los defectos o al reembolso de los gastos de reparación que él mismo hubiese satisfecho. La acción del adquirente prescribe al año siguiente de la transmisión. Este régimen se aplica a cualquier bien, mueble o inmueble, rústico o urbano, construido o no construido. No obstante, la nueva legislación sobre edificación amplía este plazo de prescripción para los inmuebles construidos, ya que la responsabilidad del constructor existirá en cuanto a los defectos aparecidos en los dos años siguientes a la terminación de la obra.

En Grecia se aplican las reglas expuestas en el epígrafe A).

En Portugal el transmitente responde frente al adquirente de todos los vicios y defectos de la edificación durante cinco años.

En Suiza, en la transmisión de edificios en construcción o recientemente terminadas, es frecuente que el transmitente ceda al adquirente los derechos y acciones que a él le corresponden frente al promotor o constructor (art. 367 y ss. del Código de las Obligaciones); esta cesión no será

posible si resulta contraria a la naturaleza del negocio (art. 164 del Código de las Obligaciones). No será posible la cesión de las acciones para la resolución del acto o contrato de transmisión ni la que puede ejercitar el adquirente para reducir el precio. Por el contrario, cabe la cesión de las garantías refaccionarias y también la del crédito a la reparación. La cesión de acciones suele completarse con el otorgamiento de una escritura de apoderamiento en virtud de la cual el transmitente confiere al adquirente las facultades necesarias para el ejercicio de tales derechos.

En Turquía el transmitente responde no sólo de las cualidades cuya existencia hubiera afirmado al tiempo de la transmisión sino también de los defectos materiales y jurídicos que hicieran disminuir o desaparecer el valor o la utilidad del inmueble transmitido. La ignorancia del transmitente no le exime de responsabilidad (art. 134 de la Ley de Obligaciones).

C) Cláusulas contractuales sobre responsabilidad por vicios ocultos.

En Alemania puede excluirse la responsabilidad del transmitente por defectos ocultos conocidos por el adquirente –con el consentimiento de ambas partes–.

En Austria el adquirente debe poner en conocimiento del transmitente los vicios o defectos de la cosa en el momento en que se hagan manifiestos.

En Bélgica la validez de una cláusula de exoneración de responsabilidad del transmitente sólo será admitida si ha sido efectivamente negociada y consentida por ambas partes.

En Chequia la responsabilidad del transmitente no puede ser excluida ni tan siquiera por acuerdo de ambas partes.

En Grecia, de acuerdo con los artículos 535, 536, 537 y 538 del Código civil, el transmitente será responsable cuando la cosa no reúna las cualidades cuya existencia hubiera afirmado. No responderá, por el contrario, de los defectos materiales que el adquirente conociera al tiempo de la transmisión ni de la ausencia de cualidades que también fuera conocida por el adquirente antes de la transmisión. Tampoco es responsable el transmitente de los defectos materiales del objeto que el adquirente ignorase por su grave negligencia –siempre y cuando el *tradens* no hubiera afirmado expresamente la ausencia de los vicios ni hubiera actuado de mala fe–. Serán nulas las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del transmitente si éste hubiera silenciado maliciosamente la existencia de vicios en la cosa o la ausencia de sus cualidades.

En Holanda, antes de la promulgación del nuevo Código civil, el transmitente imponía una cláusula en el contrato de transmisión que le exoneraba de toda responsabilidad por vicios o defectos ocultos. En la actua-

lidad, las normas sobre responsabilidad del *tradens* son inderogables por la voluntad de las partes.

En Portugal el adquirente puede exigir del transmitente la reparación de la cosa o su sustitución por otra nueva; si los vicios o defectos son relevantes, el contrato puede ser resuelto.

En Suiza cabe excluir la garantía de aquellos defectos conocidos por el adquirente o que éste hubiera podido reconocer de haber examinado diligentemente el estado del objeto transmitido. La responsabilidad por vicios o defectos ocultos puede ser excluida o limitada por acuerdo de las partes. Jamás puede ser liberado el transmitente de responsabilidad por los defectos que hubiese maliciosamente ocultado.

D) Régimen de la contaminación o polución ambiental desconocida por el adquirente.

En Alemania en el sector industrial suelen contenerse cláusulas contractuales tendentes a evitar la contaminación del medio ambiente. Es también frecuente la cesión al Estado de las acciones que los particulares pueden ejercitar frente a la otra parte contratante por incumplimiento de contrato. El Estado tiene interés en reprivatizar las zonas contaminadas.

En Austria, por regla general, el transmitente asegura que el objeto contractual reúne unas determinadas condiciones materiales –particularmente por cuanto se refiere a sus efectos contaminantes sobre el medio ambiente–. Las partes convienen libremente las consecuencias jurídicas de la inexactitud de tales declaraciones (reembolso de gastos de reparación, reducción del precio, resolución del contrato, etc.).

En Bélgica se trata de una materia descentralizada. En las regiones de Bruselas (capital) y Wallonie, no existe reglamentación. En Flandre se requiere, con anterioridad a la transmisión de una finca, la exhibición de un certificado que acredite la ausencia de contaminación en ella (“Bodemattest”).

En Chequia no existen normas particulares. Se observará la voluntad de las partes y, en su ausencia, las normas generales aplicables a las obligaciones y contratos.

En Holanda la respuesta a esta cuestión depende de la voluntad de las partes. En algunos contratos, el transmitente otorga ciertas garantías al adquirente; por el contrario, en otros consta una cláusula que le libera de toda responsabilidad. Por lo general, cuando el objeto de la transmisión es un terreno destinado a la construcción el *tradens* presta garantías sobre la ausencia de contaminación.

En Suiza es ésta una cuestión de escasa incidencia práctica. Se aplicarán los pactos y estipulaciones contractuales –muy poco frecuentes– y, en su defecto, las reglas generales sobre obligaciones y contratos.

Capítulo 16

La garantía del precio aplazado (I)

A) El pago del precio, ¿se realiza con anterioridad a la entrega de la cosa?

En Alemania el adquirente sólo paga el precio una vez inscrita cualquier garantía en el Registro de la Propiedad.

En Austria depende esta cuestión de lo pactado por las partes. En defecto de acuerdo, el pago del precio y la entrega de la cosa deben producirse simultáneamente.

En Bélgica, salvo pacto en contrario, la compraventa se perfecciona y el dominio se transmite a partir del momento en que hay acuerdo entre las partes sobre el objeto, el precio y las condiciones del negocio. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.650 del Código civil, la principal obligación del comprador es pagar el precio en el lugar y en el plazo convenidos. Según el artículo 1.651 del mismo texto legal, en ausencia de pacto expreso el precio deberá satisfacerse en el lugar y en el momento en que el vendedor proceda a la entrega de la cosa vendida. Las obligaciones más importantes del vendedor son las de realizar la entrega de la cosa y garantizar su situación física y jurídica.

En Chequia el pago anticipado del precio depende de los acuerdos de las partes.

En Eslovaquia todo depende de la voluntad de los interesados.

En Estonia el adquirente paga el precio con anterioridad a la transmisión.

En Francia la transmisión del dominio y el pago del precio deben hacerse simultáneamente, salvo pacto en contrario. Para garantizar el pago del precio aplazado suele constituirse bien un privilegio del vendedor bien una condición resolutoria, que serán objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

En Grecia el comprador paga el precio antes de producirse la transmisión.

En Holanda el comprador paga el precio al notario con anterioridad a la transmisión. Tras el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad (que este último notificará al notario el mismo día o al día siguiente), el notario autorizante entregará al vendedor el precio de la venta. Suelen transcurrir dos días desde el otorgamiento de la escritura y el pago del precio. Si la finca estuviera gravada, el notario se encargará de satisfacer los créditos anteriores; una vez realizado el pago, los acreedores hipotecarios confieren al notario un poder para que pueda otorgarse la cancelación.

En Hungría no pueden darse soluciones generales en esta materia, reservada a la libre voluntad de las partes.

En Irlanda el comprador deposita un diez por ciento del precio en el momento de firmar el contrato de compraventa. El abogado del vendedor guarda el dinero como fiduciario. Si el contrato se resuelve posteriormente, se procederá a la devolución del depósito. El abogado velará por la regularidad de la transmisión; cuando ésta se produzca, el comprador abonará al vendedor la parte restante del precio. En dicho instante se entregará al comprador un documento apto para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En Portugal el comprador paga el precio al tiempo de suscribir el contrato. Si el precio no se paga íntegramente, el vendedor suele reservarse el dominio en tanto no se satisfaga la diferencia.

En Suiza el pago del precio es simultáneo al otorgamiento de la escritura pública, que será presentada posteriormente en el Registro de la Propiedad.

En Turquía, según el artículo 214 de la Ley de Obligaciones, en el supuesto de venta de un bien inmueble sometida a condición la inscripción en el Registro de la Propiedad sólo se lleva a cabo una vez cumplida la condición. No puede inscribirse la compraventa en la que el vendedor se haya reservado el dominio. Si el precio no se ha satisfecho íntegramente, el vendedor suele reservarse el dominio de la cosa vendida hasta que el pago total se produzca. No obstante, es posible que el vendedor transmita la propiedad de la cosa antes de que el precio sea pagado en su totalidad, ya que pueden pactarse otras garantías.

B) ¿Cómo se realizan los trámites para cancelar las garantías por créditos anteriores que afecten al inmueble vendido?

En Austria es una cuestión reservada a la voluntad de los particulares. Por lo general, el vendedor utiliza a tal fin el dinero entregado por el comprador a título fiduciario.

En Bélgica las cargas anteriores se pagan por el notario autorizante de la compraventa con parte del precio pagado por el comprador —que habrá prestado con anterioridad su consentimiento a este procedimiento.

En Chequia las cargas de la finca serán satisfechas por el vendedor con anterioridad a la transmisión. No obstante, puede utilizar a tal fin el vendedor una parte del precio abonado por el comprador o pactar la subrogación de este último en las cargas de la finca, con el consentimiento de los acreedores —de ordinario, en el mismo acto de otorgamiento del contrato de compraventa—. Dado el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad, el comprador puede retener una

parte del precio en garantía de la consumación de la transmisión de la propiedad.

En Eslovaquia el pago de las cargas reales anteriores suele hacerlo el vendedor.

En Estonia esta materia queda reservada a la voluntad de las partes.

En Holanda el notario sólo entregará al vendedor el remanente del precio abonado por el comprador una vez satisfechos las cargas reales anteriores.

En Suiza es obligación del vendedor cancelar todas las cargas de la finca vendida con anterioridad a la presentación de la escritura de venta en el Registro de la Propiedad –la finca debe transmitirse libre de cargas.

C) Las garantías sobre identidad del vendedor y legitimidad de su título.

En Alemania, una vez concluido el contrato obligatorio o cuando se documente en forma pública la oferta de venta se practica una nota al margen de la última inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad. Esta nota no cierra el Registro pero la prioridad registral de la inscripción de la transmisión vendrá referida a la fecha de aquélla, de modo que las inscripciones contradictorias practicadas después de la misma deberán ser objeto de cancelación al inscribirse la transmisión que la motivó. Una vez hecha la nota marginal, el comprador pagará el precio al vendedor y se solicitará la inscripción de la transmisión, cancelándose la nota marginal y los asientos contradictorios intermedios. No obstante, hay que citar algunas especialidades territoriales:

— En algunas zonas, el precio será entregado al notario autorizante una vez consumada la adquisición –por la inscripción registral.

— En otras regiones, el contrato real de transmisión de la propiedad sólo será otorgado una vez satisfecho íntegramente el precio.

— El notario, además, tras recabar la opinión de las partes puede proponer a éstas un método alternativo sobre transmisión de la propiedad y pago del precio.

En Austria es el notario quien certifica la identidad del vendedor –ya que ha de firmar en su presencia–. El pago del precio puede hacerse simultáneamente al otorgar el contrato. Las partes pueden también un administrador fiduciario, como de ordinario sucede cuando el comprador recurre al crédito ajeno para financiar la totalidad o parte del precio; una vez cumplidas todos los requisitos pactados, el fiduciario satisfará el precio al vendedor. En este último caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará sólo tras el pago total del precio. Las partes pueden

pactar un aplazamiento total o parcial del precio; en estos casos, además de la inscripción registral a favor del comprador suele reflejarse también tabularmente algún derecho de garantía del vendedor. Es también frecuente la condición resolutoria –inscribible en el Registro de la Propiedad.

En Bélgica el notario debe comprobar –bajo su responsabilidad– la identidad del vendedor y la legitimidad de su título. Por lo general, el precio de la venta se paga en el momento del otorgamiento de la escritura pública. La promesa de venta pactada en documento privado es válida y eficaz, pero no es oponible a terceros. En consecuencia, quien compra por escritura pública nada tiene que temer frente a la reclamación del titular de una promesa de venta documentada en forma privada. Las segundas o ulteriores ventas de la misma cosa tampoco serán oponibles a quien hubiese comprado en escritura pública en primer lugar –incluso aunque se haya pactado el aplazamiento de todo o de parte del precio.

En Chequia no existe un sistema que asegure al vendedor la recuperación de su derecho de propiedad en el supuesto de que el precio aplazado no sea íntegramente satisfecho. Sólo cabe la posibilidad de abrir un crédito documentario irrevocable en una entidad bancaria con finalidad de garantía.

En Eslovaquia puede depositarse el precio en el estudio del notario para que sea entregado al vendedor en el momento en que la transmisión se perfeccione.

En Estonia el notario debe recabar información sobre la situación registral del inmueble objeto de la compraventa e informar a las partes del resultado de su investigación. También dará fe de la identidad de los comparecientes y apreciará su capacidad. El precio puede satisfacerse al vendedor ante el notario autorizante –al tiempo del otorgamiento de la escritura– o puede haber sido ingresado con anterioridad en una cuenta corriente bancaria del notario –quien deberá transferirlo a una cuenta corriente bancaria del vendedor una vez se haya practicado la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad–. El aplazamiento del pago del precio se hará también constar en el Registro.

En Francia el pago del precio aplazado se garantiza por medio del privilegio que se reconoce al vendedor para su cobro y por la condición resolutoria; en caso de incumplimiento, el primero hace posible el embargo del bien vendido y la segunda, la resolución del negocio.

En Grecia, en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, cuando el precio no se satisfaga al contado, suelen utilizarse las condiciones para garantizar su íntegro pago. Si los efectos del contrato se subordinan a un hecho futuro e incierto –condición suspensiva (por ejemplo, pagaré cuando reciba el dinero de mi banco)– la transmisión condicionada podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad aun cuando di-

cha condición no esté cumplida. Una vez acaecido el hecho en que la condición consista, el vendedor recibirá el resto del precio y otorgará una carta de pago al comprador ante notario. Dicha carta de pago no suele inscribirse en el Registro de la Propiedad. Puede pactarse también una condición resolutoria; la transmisión condicionada se reflejará en el Registro. Cumplida la condición resolutoria, la propiedad de la cosa será retransmitida por el comprador al vendedor en virtud de un documento notarial otorgado por ambas partes en el que reconozcan el impago del precio y el cumplimiento de la condición; si alguna de las partes se negare a tal otorgamiento, el vendedor puede demandar judicialmente al comprador; será entonces título inscribible el testimonio de la sentencia judicial firme. En la práctica es mucho más frecuente la condición suspensiva que la resolutoria, ya que esta última es una medida de presión excesivamente fuerte. Es también frecuente la financiación ajena del precio, cuya devolución se garantiza con una hipoteca.

En Holanda es el notario quien recibe el precio de la compraventa. El inmueble será transmitido una vez que el notario haya cobrado el precio y se asegure de la libertad de cargas reales de la finca —mediante comprobación de su situación registral, por telefax que le enviará este último.

En Hungría los trámites esenciales de la adquisición del derecho de propiedad sobre un inmueble son los siguientes:

- El transmitente debe reunir la condición de propietario.

- La adquisición de la propiedad requiere justo título e inscripción en el Registro de la Propiedad.

- La inscripción es constitutiva, de modo que sólo cuando se practica se transmite la propiedad al adquirente —incluso en el supuesto de que este último no sea poseedor del inmueble.

- El contrato debe contener al menos las circunstancias personales de las partes, la voluntad de las mismas de transmitir y de adquirir el dominio de la cosa, la descripción del inmueble y la contraprestación pactada o, en su caso, la expresión del carácter gratuito del acto.

- El contrato puede constar en un documento notarial, en un documento privado redactado por un abogado o en un documento privado con firmas notarialmente legitimadas.

- Cuando legalmente se precise alguna autorización administrativa, la transmisión no se entenderá producida en tanto no haya sido obtenida.

- Si el contrato reúne las formalidades exigidas, será inscrito en el Registro de la Propiedad.

- Para facilitar la liquidación tributaria correspondiente, el Registrador de la Propiedad enviará una copia del contrato presentado a la Oficina liquidadora competente.

En Portugal la transmisión se consuma en el momento del otorgamiento notarial del contrato, ya que el precio es habitualmente pagado al contado.

En Suiza, de acuerdo con el artículo 216 del Código de las Obligaciones, la compraventa se configura como un contrato bilateral en virtud del cual el vendedor enajena un bien por el precio que satisface el comprador. El pago del precio y la transmisión de la propiedad –bajo la *conditio iuris* de su inscripción en el Registro de la Propiedad– son simultáneos. Cuatro modalidades de compraventa son frecuentes en Derecho suizo:

— La compraventa a plazo. En ella, el cumplimiento de una o varias prestaciones –normalmente el pago del precio y la transmisión de la propiedad– se difiere hasta el vencimiento de un término (hecho futuro y cierto). Una parte del precio suele ser pagado al tiempo del otorgamiento del contrato, parte del precio que queda en depósito constituido en nombre del notario. La inscripción en el Registro de la Propiedad –y con ella la consumación de la transmisión– se producirá cuando el resto del precio sea satisfecho.

— La compraventa bajo condición suspensiva. La ejecución de una o varias prestaciones –normalmente el pago del precio y la transmisión de la propiedad– se difiere hasta que un hecho futuro e incierto tenga lugar. No suele entregarse cantidad alguna en el momento de suscribir el contrato; en todo caso, de producirse el pago parcial del precio en dicho otorgamiento, se constituirá un depósito a nombre del notario autorizante.

— La compraventa revocable. En ella, es posible la ineficacia sobrevenida por voluntad de cualquiera de las partes. El precio suele depositarse a nombre del notario autorizante en tanto la compraventa no se convierta en firme y definitiva.

— La promesa de compraventa. Es un precontrato en virtud del cual las partes se obligan a concluir un contrato futuro de compraventa. Se distingue de esta última por su objeto: mientras que en la compraventa ambas partes se obligan a realizar las prestaciones de transmisión de la propiedad y pago del precio –respectivamente–, en la promesa de compraventa sólo se obligan a concertar en el futuro un contrato de compraventa. Por esta razón, mientras que el comprador y el vendedor pueden demandarse recíprocamente para reclamarse, respectivamente, la transmisión de la propiedad y el pago del precio, en la promesa de compraventa sólo cabe demandar judicialmente a la parte incumplidora para exigirle el otorgamiento del contrato de compraventa. Si se niega a ello, el juez puede suplir su voluntad. No suele mediar pago de precio alguno en el momento de otorgamiento de la promesa de compraventa.

Desde un punto de vista práctico, cabe señalar que el notario suele recomendar la promesa de compraventa –y no la compraventa condicionada o a término– en los siguientes supuestos:

— Cuando la voluntad de las partes no es la de comprometerse definitivamente.

— Cuando algún elemento esencial del negocio esté indeterminado.

— Cuando se prevea la cesión del contrato a una tercera persona aún por designar.

— Cuando el cumplimiento de una condición suspensiva cualquiera sea muy improbable.

— Cuando el cumplimiento de una condición resolutoria sea muy probable.

En Turquía el contrato de compraventa tiene carácter sinalagmático y bilateral. El vendedor tiene derecho a exigir del comprador el pago del precio siempre y cuando acredite haber cumplido previamente su prestación. El procedimiento usual para la formalización de una compraventa es el siguiente:

— Se solicita del Registro de la Propiedad información sobre los requisitos necesarios para la válida conclusión del contrato de compraventa.

— Cumplidos dichos requisitos, se conviene un día para la formalización del contrato, que tendrá lugar en la sede del Registro de la Propiedad.

— El pago del precio se hará al contado –en metálico o por cheque–. El precio se abona antes de firmar el impreso oficial que contiene el contrato.

D) El depósito del precio a nombre del notario autorizante de la compraventa.

En Alemania, en algunos supuestos sí se realiza dicho depósito por el comprador. En otras regiones, por el contrario, el pago se hace directamente al vendedor.

En Austria la regla general es practicar dicho depósito.

En Chequia no suele recurrirse al notario-depositario ya que el comprador puede reclamar en cualquier momento la restitución del dinero depositado, incluso antes de que el notario haya terminado de pagar a los acreedores del vendedor con garantías inscritas o anotadas en el Registro de la Propiedad.

En Eslovaquia el depósito requiere acuerdo del comprador y del vendedor.

En Estonia sólo se recurre al depósito a favor del notario cuando ambas partes así lo solicitan.

En Francia se deposita el precio a nombre del notario autorizante.

En Grecia el notario no es depositario del precio porque el vendedor lo recibe directamente del comprador al tiempo del otorgamiento del contrato de compraventa –si no lo hubiera ya recibido con anterioridad.

En Holanda el notario es depositario del precio.

En Hungría sólo será depositario el notario cuando vendedor y comprador lo reclamen así conjuntamente.

En Irlanda, quien interviene como depositario-fiduciario no es el notario sino el abogado.

En Portugal el precio no se deposita a nombre del notario.

En Suiza, si no es necesario cancelar ninguna hipoteca previa, el precio se abonará directamente por el comprador al vendedor. En caso contrario, el notario será depositario del precio; él se encargará de pagar a los acreedores anteriores y de entregar el sobrante, en su caso, al vendedor.

En Turquía la transmisión de la propiedad del inmueble requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad. La competencia del notario comprende:

— La autorización del pre-contrato de compraventa.

— La autorización del contrato de vitalicio.

— La autorización de testamentos.

Es decir, el notario no es depositario del precio de la compraventa.

E) Las inscripciones provisionales en el Registro de la Propiedad para asegurar los efectos de una compraventa.

En Alemania se practica una nota al margen de la última inscripción de dominio una vez concluido el contrato obligatorio.

En Austria cabe practicar una inscripción provisional para asegurar el cumplimiento de una compraventa meramente proyectada –asiento que tiene un plazo de caducidad de un año, como máximo– o una anotación preventiva (“vormerkung”), sin limitación temporal alguna. El rango es abstracto y no está unido a un concreto negocio jurídico obligacional.

En Bélgica, Chequia, Eslovaquia, Francia, Grecia, Portugal y Hungría no están previstas.

En Estonia puede practicarse una inscripción provisional tras el otorgamiento del contrato obligatorio.

En Holanda sí se practican estas inscripciones provisionales.

En Suiza el único medio de garantizar los derechos del comprador es la constitución de un derecho de adquisición preferente a su favor. Se requiere el otorgamiento de una escritura pública, que será anotada en el Registro de la Propiedad por un período máximo de diez años.

En Turquía cabe la posibilidad de reflejar registralmente una promesa de compraventa documentada en escritura pública.

F) El depósito del contrato de compraventa en oficinas administrativas.

En Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Francia, Grecia, Portugal y Hungría, no está previsto el depósito del contrato de compraventa ante ninguna autoridad de naturaleza administrativa con finalidad de garantizar los derechos del vendedor y del comprador.

En Holanda todas las escrituras públicas deben ser objeto de inscripción en Registros de naturaleza administrativa.

En Suiza, además de la garantía que supone la inscripción en el Registro de la Propiedad, el crédito del vendedor –crédito cuyo objeto es el precio pendiente de pago– se halla garantizado con una hipoteca legal, de modo que su titular podrá solicitar la inscripción de esta hipoteca en el Registro de la Propiedad en el plazo de tres meses a contar desde la inscripción de la transmisión –aun cuando la autoridad judicial puede ordenar una prórroga del citado plazo– (art. 837.1 del Código civil). El título será la escritura pública de compraventa, en la que deberá constar la parte del precio que ha quedado aplazada. Se aplica el mismo régimen al contrato de permuta con sobreprecio y a las liquidaciones de comunidades de bienes con excesos de adjudicación cuya contraprestación haya de satisfacerse en dinero.

En Turquía los documentos complementarios del contrato de compraventa son archivados por el Registro de la Propiedad competente.

G) La facultad de desistimiento, la cláusula penal, las condiciones y los plazos como medios de garantía del pago del precio aplazado.

En Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Holanda y Hungría, estas figuras son comúnmente utilizadas como garantía del pago del precio.

En Francia es frecuente la utilización de la cláusula penal.

En Portugal ninguna de las citadas figuras es comúnmente utilizada.

En Suiza la figura más utilizada es la cláusula penal –convención accesorio del contrato en virtud de la cual el deudor se obliga frente al acreedor a satisfacer una cantidad adicional de dinero para el supuesto de que incumpla o cumpla tardíamente la prestación principal–. Son conocidas las siguientes clases:

— La pena alternativa: el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación o la cantidad objeto de la cláusula penal. Puede incluso solicitar el cumplimiento del contrato y posteriormente cambiar su pretensión

para pedir la pena convencional (aun cuando no puede solicitar primero la pena y luego pretender el cumplimiento de la obligación principal).

— La pena cumulativa: el acreedor puede demandar conjuntamente la pena y el cumplimiento del contrato.

— La pena exclusiva: las partes pueden pactar que en caso de incumplimiento o cumplimiento tardío de la prestación principal el acreedor sólo esté facultado para exigir la pena convencional.

El importe de la pena convencional se fija de común acuerdo por las partes y puede exigirse por el acreedor aun cuando el incumplimiento o la morosidad del deudor no le haya ocasionado ningún perjuicio. Si la estimación de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor fuese superior al montante de la pena convencional, el acreedor podrá reclamar la diferencia siempre y cuando pruebe la existencia y valoración de los daños. El Derecho suizo conoce también la institución de las arras penitenciales o “dédit”: las partes pueden pactar –al tiempo de la celebración del contrato– que cualquiera de ellas pueda libremente revocarlo o desistir de él, con la obligación de abonar a la otra una cantidad de dinero llamada “dédit”. El comprador entrega una parte del precio al vendedor al otorgarse el contrato; si aquél desiste posteriormente, perderá la suma anterior. Si es el vendedor quien revoca el contrato, deberá devolver al comprador el duplo del importe percibido.

En Turquía, según el artículo 217 del Código civil, las reglas relativas a la compraventa de bienes muebles son aplicables por analogía a la de los inmuebles.

H) La fianza como garantía del pago del precio aplazado.

En Alemania, cuando el precio de la venta se paga después de practicarse la inscripción de la transmisión de propiedad en el Registro, el comprador está obligado a prestar un aval bancario. Si el vendedor deseara percibir el precio con anterioridad a la inscripción registral, es él quien deberá avalar la devolución del mismo –hasta que se practique dicha inscripción–. También debe prestar aval bancario –por las sumas recibidas como pagos a cuenta del precio– el vendedor-constructor de un edificio en construcción (para garantizar la devolución del precio, en su caso).

En Austria es muy poco frecuente recurrir a esta forma de garantía.

En Bélgica, Chequia y Eslovaquia tampoco se utiliza.

En Estonia y en Hungría es poco frecuente.

En Francia sólo se utiliza para garantizar la devolución de las cantidades entregadas al vendedor-constructor.

En Grecia un tercero puede garantizar el pago del precio aplazado –normalmente, en documento privado separado.

En Holanda no se utiliza esta garantía. Recordemos que el precio se entrega siempre al vendedor con anterioridad a la transmisión. Sólo en circunstancias especiales y extraordinarias se aplaza el pago de parte del precio.

En Irlanda un diez por ciento del precio entregado es guardado en depósito por el abogado.

En Portugal es mucho más utilizada la reserva de dominio del vendedor –hasta que el precio sea satisfecho íntegramente.

En Suiza es extraordinariamente raro recurrir a la fianza como forma de garantía para asegurar al vendedor del íntegro pago del precio. Es mucho más frecuente el aval bancario a primer requerimiento, es decir, la promesa de pago –firme e irrevocable, condicionada o incondicional– del banco emisor del documento, quien se compromete a realizar una prestación a favor del vendedor o de un tercero –con cargo a la cuenta de su cliente, el comprador–. Dicha garantía es abstracta, de modo que los litigios entre comprador y vendedor sobre relaciones derivadas del contrato de compraventa no afectan en absoluto a la obligación asumida por el banco.

En Turquía es mucho más frecuente que la fianza la promesa de compraventa –que es un precontrato que debe formalizarse ante notario.

Capítulo 17

La garantía del precio aplazado (II)

A) ¿Puede constituirse un derecho real de hipoteca sobre el inmueble objeto de la compraventa antes de la celebración de esta última?

En Alemania se requiere el consentimiento del vendedor –que puede otorgar un poder notarial a dicho efecto–. Cuando no preste su consentimiento el vendedor o cuando el objeto de la compraventa sea una parte física de un inmueble de mayor cabida, el comprador puede constituir una prenda sobre su derecho de adquisición; una vez consumada la transmisión, la prenda se convertirá en un derecho de hipoteca sobre el inmueble adquirido.

En Bélgica el vendedor puede consentir una hipoteca en garantía de un crédito ajeno, pero no suele ser frecuente dicha figura. Por lo general, la hipoteca se constituye por el comprador inmediatamente después del otorgamiento de la escritura de compraventa –una vez que el vendedor ha recibido íntegramente el precio.

En Chequia es posible la hipoteca constituida por el vendedor aunque no muy frecuente.

En Eslovaquia no se emplea esta fórmula.

En Estonia la respuesta es afirmativa.

En Francia y Hungría no es una figura muy frecuente.

En Holanda suele ser el comprador quien constituye la hipoteca sobre el inmueble adquirido inmediatamente después del otorgamiento de la escritura de compraventa. El derecho real de hipoteca requiere otorgamiento de escritura pública e inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad. En la práctica, los bancos exigen que la constituida sea primera hipoteca.

En Portugal los bancos exigen una anotación preventiva de la mutación dominical y de la hipoteca, después de la cual se otorgan las correspondientes escrituras públicas de compraventa e hipoteca. Presentadas éstas en el Registro de la Propiedad, las anotaciones preventivas se convertirán en inscripciones.

En Suiza es el comprador quien hipoteca el inmueble después de otorgada la escritura de compraventa –aun cuando antes, obviamente, habrá negociado la concesión del préstamo–. Formalizada la escritura de hipoteca, el notario expide un testimonio que permite el pago del importe del préstamo.

En Turquía la hipoteca es constituida ordinariamente por el comprador, una vez otorgado el contrato de compraventa, para garantizar el préstamo o el crédito solicitado a la banca como medio de financiación –total o parcial– del precio.

B) En el supuesto de hipoteca constituida por el vendedor, ¿cómo se asegura el hecho de que el acreedor no ejecute su garantía antes de haberse abonado el precio de la compraventa al vendedor?

En Alemania se pacta entre el vendedor y el banco la promesa incondicional de éste a renunciar a su derecho de hipoteca si el precio no se satisface íntegramente a aquél –si hubiera percibido sólo una parte del precio, deberá devolverlo.

En Chequia de ordinario el banco entrega el importe del préstamo o del crédito solicitado por el comprador al vendedor.

En Grecia el importe del préstamo o crédito será entregado por la banca al comprador-hipotecante, quien lo destinará al pago del precio de la compraventa. Si el comprador no paga al vendedor ni devuelve el préstamo al banco, este ejecutará su derecho –sin perjuicio de las acciones que puede ejercitar el vendedor frente al comprador– y la finca será vendida en pública subasta, destinándose el precio del remate a la satisfacción del préstamo o crédito y, si hubiera sobrante, en último término, al vendedor.

En Suiza la única garantía efectiva para el vendedor –en el supuesto planteado– consistiría en no presentar la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad.

Capítulo 18

Las garantías posteriores a la adquisición del inmueble

A) Efectos jurídicos de la incapacidad del transmitente.

En Alemania la ineficacia del contrato obligacional no impide la plena eficacia de la transmisión real.

En Austria el contrato deberá ser ratificado posteriormente por el tutor o curador del incapaz o, en su defecto, por el Tribunal de Curatelas.

En Bélgica un incapaz no puede disponer de sus bienes por sí mismo, por lo que la compraventa sería anulable; el comprador no puede demandar la nulidad alegando la incapacidad de la persona con la que él mismo contrató. El notario debe asegurarse de la capacidad de las partes.

En Chequia, una vez perfeccionado el acto o contrato e inscrito en el Registro de la Propiedad, el adquirente sólo verá resuelta su adquisición por vicios de capacidad del transmitente cuando al tiempo del otorgamiento haya actuado de mala fe, es decir, con conocimiento de la situación causante de la invalidez.

En Eslovaquia y Portugal la incapacidad del transmitente no perjudica al adquirente de buena fe.

En Estonia, según las disposiciones generales del Código civil, son ineficaces los actos y contratos realizados por personas incapaces. Sin embargo, cuando el adquirente tenga buena fe un sector doctrinal defiende la regularidad de su adquisición.

En Francia los actos y contratos concluidos por incapaces son nulos –aunque el adquirente lo sea de buena fe.

En Grecia la incapacidad de alguna de las partes es una causa de nulidad del acto o contrato. La declaración de voluntad de una persona incapaz es nula, dice el artículo 130 del Código civil griego; es también nula la declaración de voluntad dirigida a una persona incapaz (art. 170 del Código civil). Los actos o contratos nulos se consideran como no existentes (art. 180 del Código civil), con independencia de la buena o mala fe del adquirente. La acción de nulidad puede entablarse contra los terceros adquirentes de la cosa transmitida, aun en el supuesto de que tuvieran éstos buena fe –aun cuando podrán adquirir la cosa por usucapión al transcurrir el plazo de diez años–. Las consecuencias jurídicas de la decla-

ración de nulidad serán tanto la restitución de las recíprocas prestaciones como la indemnización de los daños y perjuicios causados. Es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la resolución judicial declarativa de la nulidad de un acto o contrato, a instancia de parte; el asiento registral específico que deberá practicarse será una nota al margen de la inscripción del acto o contrato nulo. La nota marginal impedirá que un tercer adquirente pueda alegar buena fe –ni a efectos de usucapión ni a efectos de una eventual reclamación de daños y perjuicios–. Aun cuando la nota marginal no se hubiera tomado, la nulidad del acto o contrato es oponible a los terceros registrales de buena fe, quienes tendrán acción únicamente para reclamar la indemnización de daños y perjuicios –además de la restitución de las prestaciones.

En Holanda, si el transmitente es incapaz la transmisión será anulable, pero el tercer adquirente de buena fe estará protegido (arts. 3, 35 y 36 del Código civil).

En Hungría son también nulas las declaraciones de voluntad emitidas por personas incapaces. Sin embargo, se reputarán eficaces si pudiera presumirse –atendidas las circunstancias y el contenido de las mismas– que se habrían también realizado por dicho sujeto en el supuesto de ser plenamente capaz. La declaración de nulidad tiene como consecuencia la restitución de las prestaciones. La nulidad sólo puede declararse en interés del incapaz. Quien hubiera inducido a la otra parte a error sobre la situación de incapacidad será responsable del cumplimiento del contrato.

En Irlanda podrá declararse la ineficacia del acto o contrato celebrado por incapaz cuando el adquirente conociera dicha incapacidad al tiempo del otorgamiento.

En Suiza el notario debe asegurarse de la identidad y de la capacidad de los comparecientes, así como comprobar la legitimación de los representantes voluntarios, legales u orgánicos. También está obligado el notario a requerir la justificación documental de las licencias y autorizaciones pertinentes previas al acto o contrato. La incapacidad de una de las partes es causa de nulidad del contrato, aun cuando la otra ignorase tal situación.

En Turquía la mayoría de edad se alcanza al cumplir los dieciocho años. Son anulables las transmisiones consentidas por los menores de edad –salvo que los padres del menor que tenga al menos capacidad de discernimiento ratifiquen la transmisión–. En defecto de capacidad para discernir o de ratificación, el adquirente podrá reclamar del transmitente el precio satisfecho –aunque este último hubiese ya gastado la totalidad o parte del mismo (arts. 61 y 63 de la Ley de Obligaciones).

B) La protección de los subadquirentes en el supuesto de declaración de nulidad por incapacidad del transmitente.

En Alemania el subadquirente de buena fe queda siempre protegido en su adquisición.

En Austria sólo será mantenido en su adquisición el subadquirente de buena fe siempre y cuando el acto o contrato originario no sea nulo de pleno derecho. Será considerado de mala fe el subadquirente que conociera la incapacidad o que hubiera debido conocerla empleando una razonable diligencia –todo ello sin perjuicio de las acciones personales entre las partes.

En Bélgica el subadquirente no será protegido; la nulidad del contrato originario acarrea la ineficacia de los posteriores contratos otorgados por el adquirente. El notario autorizante del contrato declarado nulo será civilmente responsable.

En Chequia el tercero debe restituir la propiedad a su legítimo dueño, sin perjuicio de las acciones que frente a su vendedor puedan corresponder a aquél.

En Eslovaquia y Portugal no puede reclamarse la devolución de la cosa si ésta hubiese sido transmitida a un subadquirente de buena fe.

En Estonia el subadquirente de buena fe verá mantenida su adquisición.

En Francia el subadquirente queda siempre a salvo de los efectos de la declaración de nulidad del contrato antecedente.

En Grecia el subadquirente no está protegido ni tan siquiera en los supuestos de que haya tenido buena fe o haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad –aunque podrá consumir la usucapión ordinaria, con buena fe y justo título, por el transcurso del plazo de diez años–. No obstante, el contrato anulable puede ser objeto de ratificación, convalidándose entonces *ab initio*. Además, el tercero podrá ejercitar la acción de enriquecimiento injusto a la que se refiere el artículo 904 del Código civil: quien se hubiera enriquecido sin causa alguna a costa del patrimonio de otro está obligado a restituir lo obtenido.

En Holanda el Código civil protege al subadquirente de buena fe.

En Hungría verá mantenida su adquisición el subadquirente de buena fe.

En Suiza, sin perjuicio de las acciones personales que procedan, el subadquirente de buena fe verá siempre protegida su adquisición. La buena fe no se presume; debe ser probada por quien la alega.

En Turquía, según el artículo 931 del Código civil (que forma parte del Capítulo XXV de dicho texto legal) quien adquiere confiado en los pronunciamientos del Registro de la Propiedad será siempre mantenido en su adquisición. En virtud de esta regla, aun cuando un acto o contrato

sea declarado nulo –cualquiera que sea la causa de la ineficacia (minoría de edad, incapacidad, defecto de forma...)– si el *accipiens* ha enajenado posteriormente la cosa a un tercero de buena fe, no podrá resolverse este último acto o contrato.

C) La compraventa contraria al orden público o a las buenas costumbres.

En Alemania, a pesar de la ineficacia del contrato obligacional de compraventa, la transmisión de la propiedad será definitiva.

En Austria la compraventa podrá ser declarada ineficaz.

En Bélgica, según el artículo 1.131 del Código civil, las obligaciones sin causa, con causa falsa o con causa ilícita no producen efecto alguno. La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres (art. 1.133 del Código civil). La nulidad es absoluta.

En Chequia el contrato contrario al orden público o a las buenas costumbres es nulo de pleno derecho.

En Eslovaquia no tendrá lugar la adquisición de la propiedad.

En Estonia y Francia la adquisición del dominio se producirá.

En Grecia, de acuerdo con el artículo 174 del Código civil, los actos jurídicos contrarios a una disposición legal imperativa son nulos de pleno derecho –salvo que la propia norma infringida prevea un efecto distinto–. También son nulos los actos contrarios a las buenas costumbres (art. 178 del Código civil). En estos supuestos, será también ineficaz la transmisión que se haya producido como consecuencia del acto o contrato nulo, por lo que el *tradens* podrá reivindicarla de quien la posea. En los casos más graves de nulidad –los previstos en el art. 179 del Código civil– ni tan siquiera podrá el *accipiens* servirse del acto o contrato nulo como título apto para consumir la usucapión. Dicho artículo enumera una serie de actos jurídicos contrarios a las buenas costumbres y a la libertad de las personas, en los que una de las partes obtiene provecho de la situación de necesidad o inexperiencia en que se halla la otra.

En Holanda el contrato contrario al orden público o a las buenas costumbres es nulo.

En Hungría será nulo el contrato que sea contrario a una norma legal imperativa, el concluido en fraude de ley y el que lesione de manera evidente el interés u orden público o las buenas costumbres. No obstante, los órganos judiciales pueden autorizar la convalidación del acto o contrato mediante la remoción de la causa de ineficacia.

En Irlanda ningún contrato contrario a las buenas costumbres será admitido por los jueces y tribunales. El comprador no podrá reclamar en tales supuestos la entrega de la cosa. Se consideran fiscalmente fraudu-

lentos los actos y contratos en los que se haga constar un precio o un valor inferior al real; el vendedor no podrá exigir el pago del precio oculto.

En Portugal es difícil pensar en un contrato contrario al orden público o a las buenas costumbres que haya sido autorizado por notario.

En Suiza el notario debe denegar la autorización del acto o contrato contrario al orden público, a la equidad o a las buenas costumbres. Si accede a su autorización será civilmente responsable de los daños y perjuicios. También debe velar por la regularidad del negocio el registrador –lo que excluye la inscripción de los actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

En Turquía, según el artículo 20 de la Ley de Obligaciones, un contrato de objeto imposible, o contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres es nulo. Si la nulidad afecta tan sólo a una parte del negocio, el resto será válido y eficaz a no ser que resulte aquella esencial –de modo que pueda presumirse que las partes nunca hubieran otorgado el contrato sin la misma.